

La ausencia de negociación en la contratación digital a propósito del Reglamento (UE) 2019/1150, de 20 de junio, sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea *

KLAUS JOCHEN ALBIEZ DOHRMANN

Catedrático de Derecho civil
Universidad de Granada

RESUMEN

Se examina en el presente trabajo la contratación entre plataformas y usuarios profesionales según el Reglamento (UE) 2019/1150, de 20 de junio, en particular el significado de las condiciones generales de acuerdo con la definición dada en el artículo 2.10.

PALABRAS CLAVE

Cláusulas, condiciones generales de la contratación, contratación digital, plataformas, usuarios profesionales, consumidores.

* Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación PID 2020-120338GB-100, «Fomento de la equidad y transparencia en la intermediación en línea en el sector turístico en España». Investigador Principal: Klaus Jochen Albiez Dohrmann.

The absence of negotiation in digital contracting. On the Regulation (UE) 2019/1150 of 20 June on promoting fairness and transparency for professional users of online intermediation services

ABSTRACT

This paper examines the contractual relationship between platforms and professional users according to Regulation (EU) 2019/1150 of 20 June, in particular the meaning of general terms and conditions according to the definition given in Article 2.10.

KEYWORDS

Contract clauses, general terms and conditions, digital contracting, platforms, professional users, consumers.

SUMARIO: I. Introducción.–II. Las condiciones generales en el RE-P2B: ¿un concepto específicamente europeo?–III. Las paradojas de una estructura triangular.–IV. Principales características del contrato de adhesión de servicios de intermediación en línea entre plataformas y usuarios profesionales.–V. Los elementos configuradores de las condiciones generales de la contratación en el RE-P2B. 1. La nomenclatura jurídica. 2. Determinación unilateral de las cláusulas, en lugar de predisposición e imposición, por el proveedor de servicios de intermediación en línea. 3. La indiferencia de la forma de las condiciones generales de la contratación. 4. Omisión del criterio de pluralidad de contratos de servicios de intermediación en línea como elemento configurador de las condiciones generales de la contratación. 5. La valoración general de la determinación unilateral de las cláusulas. Indicios negociales no determinantes. 5.1 La valoración general de los indicios negociales en la determinación unilateral de las cláusulas. 5.2 Primer indicio de valoración (no determinante): las dimensiones de las plataformas digitales y de los usuarios profesionales. 5.3 Segundo indicio de valoración (no determinante): negociación entre la plataforma y el usuario profesional. 5.4 Tercer indicio de valoración (no determinante): cláusulas individuales negociadas conjuntamente entre la plataforma y el usuario profesional. 5.5 ¿Otros indicios de valoración (no determinantes)? 5.6 La valoración general de los indicios. 5.7 ¿Inversión de la carga de la prueba o facilitación de la prueba? 5.8 El problema de la validez de cláusula: «todas las condiciones han sido negociadas».–VI. La relativa inoperancia del RE-P2B.–VII. Conclusiones.– Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

En la construcción del Mercado Único Digital¹, el Reglamento (UE) 2019/1150, de 20 de junio, sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea (en adelante, RE-P2B)², constituye una de las piedras fundamentales. Sorprende la rapidez con la que se ha aprobado este Reglamento –en menos de dos años– en comparación con otros textos legales europeos. Como otras medidas recientes en la construcción del Derecho digital europeo se ha aprobado el Reglamento (UE) 2022/2065, de 19 de octubre de 2022, relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE (en adelante, DSA),^{3 4} así como también el Reglamento (UE) 2022/1925, de 14 de septiembre de 2022, sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital y por el que se modifican las Directivas (UE) 2019/1937 y (UE) 2020/1828 (en adelante, DMA)^{5 6}. Es muy significativo que es en el mercado digital donde el legislador europeo está optando claramente por una regulación mediante reglamentos en lugar de directivas, con el propósito de establecer un sistema lo más uniforme posible para lograr, así, una mayor integración económica y técnica en la contratación digital.^{7 8 9}

Por iniciativa del *European Law Institute* se presentó en 2019 un modelo de reglas de plataformas en línea (*Model Rules on Online Platforms*), entre cuyas fuentes de referencia figura el RE-P2B¹⁰. Es un modelo de aspiraciones más amplias, que, al igual

¹ En la amplia literatura que ya existe sobre el Derecho digital europeo, puede resultar de interés, entre los más recientes, el trabajo de STAUDENMAYER, 2020, pp. 65 ss. En España, *vid.* CAMPUZANO TOMÉ, 2022, pp. 575-577 y pp. 577-583.

² Inicialmente, el título de la Propuesta era «sobre el fomento de la equidad y la transparencia para las empresas que utilizan servicios de intermediación en línea». Se propuso también por el Consejo «equidad mediante transparencia» (*Fairness bey Means of Transparency*).

³ Digital Services Act (DSA).

⁴ Para una primera aproximación, FERNÁNDEZ GARCÍA DE LA YEDRA, 2021, pp. 31 ss.

⁵ Digital Markets Act (DMA).

⁶ Entre otros, MARTÍNEZ NADAL, 2021, pp. 115 ss.

⁷ Como última Propuesta en el nuevo Derecho digital europeo debe traerse a colación la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el respeto de la vida privada y la protección de los datos personales en el sector de las comunicaciones electrónicas y por el que se deroga la Directiva 2002/58/CE (Reglamento sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas (COM/2017/010 final).

⁸ En 2019 se ha iniciado un diálogo académico transeuropeo entre un grupo de profesores de la Universidad de Osnabrück y de Kyoto sobre la regulación de plataformas (*Towards Regulatory Cooperation between the EU and Japan*), encabezado por los profesores BUSCH y NAKATO.

⁹ Ya surgen las primeras voces por una regulación más ambiciosa del Derecho de plataformas. Así, PODSZUN, en su dictamen, 2020, pp. 477 ss.

¹⁰ Para una primera aproximación a este texto, *vid.* BUSCH, 2018, pp. 150 ss.

que el RE-P2B, tiene por objeto garantizar la equidad y la transparencia en las relaciones entre operadores y usuarios de plataformas. Es un modelo que pretende servir de referencia tanto a la Unión Europea como a los Estados nacionales. Otro texto, ya más lejano en el tiempo, es el que fue elaborado en 2016 por el *Research Group on the Law of Digital*, con el título *Discussion Draft of a Directive on Online Intermediary Platforms*.

Hasta ahora la UE no había prestado la suficiente atención a la protección de los empresarios en el mercado interior¹¹, centrándose mucho más en proteger a los consumidores. Pero se está observando un cambio de tendencia, en particular desde la irrupción del mercado digital como ponen de manifiesto los últimos textos normativos¹².

La regulación de la economía de plataformas en línea, que está en continua transformación tecnológica, podría evolucionar en el futuro hacia una *co-regulación* en la que se regulen mediante normas legales los requisitos jurídicos y técnicos de la contratación en línea, y a la vez que sean las plataformas en línea las que autorregulen mediante sus propias normas sus relaciones con los usuarios profesionales y los usuarios finales (autorregulación propia¹³)¹⁴. Es un hecho que las grandes plataformas, las que intermedian en el mercado internacional, están creando sus propios sistemas jurídicos privados. Por muy real y necesaria que sea la autorregulación en el mercado digital, son igualmente necesarios, al menos para la Unión Europea, controles adecuados que contrarresten los poderes de las plataformas, sobre todo de aquellas que ejercen un oligopolio en el mercado digital¹⁵.

En la economía de plataformas en línea¹⁶, o llamada también economía digital, la contratación de servicios de intermediación se

¹¹ Vid. ALBIEZ DOHRMANN, 2009, pp. 61 ss.; MATO PACÍN, 2017, p. 63.

¹² STAUDENMAYER, 2020, pp. 88-90.

¹³ La autorregulación es considerada también una fuente del Derecho europeo (esta autorregulación puede convertirse en una normativa europea, como sucedió con la autorregulación de los requisitos técnicos y empresariales para las transferencias y los adeudos domiciliados en euros, y que después sirvieron de base para la aprobación del Reglamento (UE) núm. 260/2012, de 14 de marzo de 2012).

La co-regulación como fuente del Derecho europeo, vid. KÖNDGEN/MÖRS DORF, 2021, pp. 178-179.

¹⁴ Se trata de garantizar, como explica muy bien Esteve Pardo en su breve pero espléndido prólogo, que esa autorregulación de génesis privada atienda a todos los intereses –no solo de los de las propias plataformas y los operadores más próximos– y de garantizar también que el ciudadano que entra en contacto con ellas no quede encerrado en la autorregulación del sector y que se mantengan plenamente efectivos los derechos fundamentales y el acceso a las instancias de control de la legalidad, los tribunales de justicia destacadamente (2021, p. 19).

¹⁵ SCHWEITZER, *ZEuP*, 1, 2019, pp. 1 ss.

¹⁶ Tanto el RE-P2B como las DSA y DMA tienen por uno de sus destinatarios las plataformas que ofrecen servicios de intermediación en línea a los consumidores y a los

caracteriza por ser una contratación normalmente adhesiva en la que el usuario profesional y el usuario final (consumidor o no)¹⁷ no tienen prácticamente ninguna posibilidad de negociar las cláusulas en sus relaciones con las plataformas. Hasta ahora la protección de los usuarios profesionales y de los usuarios finales se dispensaba principalmente mediante normas no específicas, algunas de ellas de marcado carácter europeo (normas generales de consumo, normas colusorias, normas de condiciones generales de la contratación). Es desde mediados de la segunda década del presente siglo cuando el legislador europeo empieza a ser consciente de que las medidas de protección en la contratación adhesiva hasta ahora existentes son insuficientes en la economía de plataformas en línea, en la que es muy generalizada la determinación unilateral de las cláusulas por las plataformas en sus relaciones contractuales con los usuarios profesionales y finales.¹⁸

usuarios profesionales. Sorprende por ello que el RE-P2B no contenga una definición de la plataforma en línea. En todo caso, según RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALELL, el RE-P2B recurre a una elusiva definición de las plataformas como proveedores de «servicios de intermediación en línea» que cumplen ciertos requisitos (art. 2.2 b y c), que no hacen más que destacar su propósito transaccional («con el objetivo de facilitar el inicio de transacciones directas») y ahondar en la base contractual («sobre la base de relaciones contractuales entre el proveedor de los servicios y los usuarios profesionales») que conforma la anatomía de las plataformas *AFDUAM*, 2021, p. 411). Podemos tomar en consideración la definición que da la DSA. La plataforma en línea es: «Un servicio de alojamiento de datos que, a petición de un destinatario del servicio, almacena y difunde información al público, salvo que esa actividad sea una característica menor y puramente auxiliar de otro servicio o una funcionalidad menor del servicio principal y que no pueda utilizarse sin ese otro servicio por razones objetivas y técnicas, y que la integración de la característica o funcionalidad en el otro servicio no sea un medio para eludir la aplicabilidad del presente Reglamento» (art. 3, letra i). Entre los muchos estudios sobre el significado de las plataformas, por citar alguno de los más recientes, vean el de CAMPOS CARVAHLO, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (marzo 2020), Vol. 12, Núm. 1, pp. 863 ss.

¹⁷ «Usuario final» es un concepto nuevo que se introduce en la DMA: es «toda persona física o jurídica que utilice servicios básicos de plataforma y que no lo haga como usuario profesional» (art. 2.20).

¹⁸ Un usuario profesional un tanto más especial es el usuario de sitio web corporativo, es decir, aquella empresa que es propietario de una página web para ofertar a través de ella sus bienes o servicios a los usuarios finales. Según el artículo 2.7) RE-P2B, «usuario de un sitio web corporativo» es: «toda persona física o jurídica que usa una interfaz en línea, es decir, cualquier programa informático, incluido un sitio web o parte del mismo o aplicaciones, incluidas las aplicaciones para móviles, para ofrecer bienes o servicios a los consumidores con fines relativos a su comercio, negocio, oficio o profesión». Es un concepto de nueva creación jurídica que, en el marco legal del RE-P2B, tiene por característica de que se trata de un empresario (persona física o jurídica) que oferta bienes o servicios a consumidores (personas físicas), siendo a la vez titular de una web mediante la cual hace ofertas a través de las plataformas. Con carácter general, una página web corporativa es el sitio web de una empresa o entidad, pública o privada, que tiene la información que la empresa quiere transmitir a sus visitantes en internet. La web corporativa debe facilitar a los consumidores (personas físicas) el acceso mediante motores de búsqueda. Entre el usuario de un sitio web corporativo y quien propone motores de búsqueda no tiene que haber una relación contractual.

Los términos «usuario de un sitio web corporativo» en el RE-P2B no son quizá del todo afortunados si los comparamos, por su claridad, con la versión francesa (*utilisateur de site internet d'entreprise*), alemana (*Nutzer mit Unternehmenswebseite*) o portuguesa (*Utilizador de sítios Internet de empresas*). Más cercana a nuestra versión es la italiana (*utente titolare di sito web aziendale*).

Esta preocupación del legislador europeo por la deficiente protección de los usuarios profesionales en la contratación con plataformas en línea ha desembocado en el RE-P2B, cuya aplicación tiene lugar desde el 12 de julio de 2020¹⁹. El RE-P2B tiene entre sus objetivos principales asegurar una mayor transparencia y equidad en las transacciones entre las plataformas en línea y los usuarios profesionales, aunque con un alcance más limitado de lo que cabría esperar de un texto con un título tan ostentoso, sobre todo por proclamar a todo viento la equidad en las transacciones en línea como objetivo principal junto con la transparencia. Para muchos, el Reglamento es un avance excesivamente tímido en la regulación de las transacciones en línea intermediadas por plataformas. Con este Reglamento, la UE pretende garantizar unas condiciones de competencia que sean iguales en el mercado único digital²⁰. Hubiera sido más correcto que en el título figurarse primero la transparencia, ya que el control de transparencia es siempre un control previo a la equidad. Además, sólo algunas cláusulas específicas están sujetas al control de la buena fe y de la lealtad contractual²¹ ²². En lugar de una regulación con un espectro más amplio de la economía de plataformas en línea en el mismo RE-P2B²³, como suele suceder comúnmente cuando se dictan normas para un mejor funcionamiento del mercado interior, las autoridades europeas han aprobado la DMA, la cual tiene como eje central

¹⁹ Uno de los primeros estudios sobre el Reglamento en la doctrina española procede de la pluma de VILLANUEVA LUPIÓN, 2021, pp. 475 ss. Un estudio más extenso realiza ÁLVAREZ MORENO, 2021, pp. 74-118.

²⁰ Comunicación de la Comisión al Parlamento de 25 de mayo de 2016, COM (2016), 288, final, p. 7.

²¹ Hubo quienes apelaban por un control de contenido material amplio de las cláusulas de los contratos de servicios de intermediación en línea. Al Texto de Proyecto de Resolución legislativa del Parlamento Europeo se había propuesto una enmienda para incorporar, de acuerdo con el considerando núm. 13 bis, el siguiente texto: «Para garantizar no solo la transparencia, sino también la equidad en las relaciones entre los proveedores de servicios de intermediación en línea y las empresas, las condiciones generales también deben ser justas y proporcionadas teniendo en cuenta la naturaleza de las actividades del proveedor del servicio de intermediación en línea y de la empresa. Dichas condiciones no deben considerarse justas y proporcionadas cuando, por ejemplo, se aparten manifiestamente de la buena conducta comercial en la actividad económica concreta en la que opere el servicio de intermediación en línea, o sean contrarias a los principios de buena fe y comercio justo. Al evaluar esas condiciones generales, las autoridades encargadas de garantizar el cumplimiento de la legislación también deben tener en cuenta la naturaleza y la finalidad del contrato, las circunstancias del caso y los usos y las prácticas de la actividad comercial». En la enmienda núm. 67 se propuso, como requisito, que los contratos de servicios de intermediación en línea incluyan únicamente cláusulas equitativas y proporcionales.

²² BUSCH subraya que el RE-P2B ha quedado en muchos temas a mitad de camino entre la transparencia y la equidad, *Wiso Diskurs*, núm. 8, 2019, p. 12. Pero esta crítica también se puede hacer al *Model Rules on Online Platforms* del *European Law Institute*, en cuya redacción ha participado BUSCH.

²³ Criticado por NAUMANN/RODENHAUSEN, *ZEuP*, 4, 2020, p. 780.

la protección de las pequeñas y medianas plataformas frente a los abusos en el mercado único de servicios digitales de aquellas plataformas que son guardianes de acceso (*gatekeeper*). Y la DSA tiene por objetivo principal actualizar las normas horizontales que definen las responsabilidades y obligaciones de los prestadores de servicios digitales.

El legislador europeo se ha tomado en serio la superior capacidad negociadora de los proveedores de servicios de intermediación en línea (cdo. 2 del RE-P2B), pero no ha sido totalmente consecuente ni tampoco lo suficientemente contundente. Aunque en el texto normativo en ningún momento se refiere a la contratación adhesiva en los servicios de intermediación en línea, los contratos que están sujetos a este Reglamento son aquellos en los que las cláusulas han sido determinadas unilateralmente por las plataformas. Por ello, el legislador europeo ha considerado necesario definir, con el objetivo de circunscribir claramente el ámbito objetivo del RE-P2B, las condiciones generales. Se entiende por «condiciones generales», según el artículo 2.10), «todas las condiciones generales o cláusulas, con independencia de su nombre o forma, que rigen la relación contractual entre el proveedor de servicios de intermediación en línea y los usuarios profesionales, y que están determinadas unilateralmente por el proveedor de los servicios de intermediación en línea. Tanto si se han determinado unilateralmente como si no, esa determinación unilateral ha de apreciarse sobre la base de una valoración general, en la que no deben ser determinantes ni las dimensiones relativas de los interesados, ni que haya tenido lugar una negociación, ni que algunas cláusulas hayan sido objeto de tal negociación y hayan sido determinadas conjuntamente por el proveedor y el usuario profesional»²⁴.

El artículo 2.10), además de ser una norma descriptiva para la aplicación del RE-P2B al definir las condiciones generales de la contratación (en adelante, *cgc*), es una cláusula general. Este precepto no se puede entender si no es interpretando ambas frases. Sólo interpretándolas conjuntamente podemos comprender el significado de las *cgc* según el RE-P2B. Como veremos más adelante,

²⁴ Mucho más escueta y básica es la definición que da la DSA a las «condiciones»: «todas las cláusulas, sea cual sea su nombre y forma, que rijan la relación contractual entre el prestador de servicios intermediarios y los destinatarios del servicio» (art. 2, letra u). Por el contrario, la DMA, aun cuando tiene por objetivo evitar la competencia desleal y prácticas abusivas en la contratación para proteger a las pequeñas y medianas plataformas, no contiene una definición de las condiciones generales de la contratación de servicios de intermediación en línea.

En una primera fase de la redacción del RE-P2B, se había propuesto incluir un anexo de prácticas que deben considerarse desleales en cualquier circunstancia (enmienda núm. 67 formulada al texto del Proyecto de Resolución legislativa del Parlamento Europeo).

el art. 2.10) obliga a una interpretación restrictiva de las cláusulas ante las dudas que hubiera sobre su negociación, debiendo prevalecer en tal caso su calificación como *cgc*.

Cabe aventurar, pues, que este concepto de condiciones generales será el que prevalezca a partir de ahora en la contratación con plataformas en línea en sus relaciones con usuarios profesionales y usuarios finales, no sólo en la aplicación del RE-P2B sino también en la aplicación de la DSA y de la DMA. La definición que se da en el artículo 2.10) contiene ciertas singularidades en cuanto a los elementos que la configuran. Cabe preguntarse si la definición de las *cgc* del artículo 2.10) se diferencia de la que figuran en otros textos europeos y en los Derechos nacionales de la UE²⁵.

II. LAS CONDICIONES GENERALES EN EL RE-P2B: ¿UN CONCEPTO ESPECÍFICAMENTE EUROPEO?

Resulta significativo que el primer texto europeo que se ocupa de la contratación adhesiva, si bien sólo entre empresarios²⁶ y consumidores, no contiene una definición de las *cgc*. La Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores contiene algunas definiciones (*vid.* art. 2), pero el legislador europeo no consideró oportuno introducir una definición de las *cgc*. Ni siquiera en el texto normativo aparece este concepto, lo cual puede sorprender, incluso actualmente, cuando la casi totalidad de los contratos de adhesión con consumidores son contratos con condiciones generales. Sólo en el penúltimo considerando de esta Directiva aparece el término «*cgc*», y, como tales, se dice en él, deben ser objeto de un control judicial o administrativo a instancia de las asociaciones que representan a los consumidores. La Directiva se refiere de forma más genérica a las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente (art. 3.1), entendiendo por tales aquellas que hayan sido redactadas previamente, no habiendo podido influir el consumidor sobre su contenido (art. 3.2). Esta formulación amplia responde a la voluntad del legislador europeo de que la Directiva sea aplicable a cualquier contrato de adhesión entre empresarios y

²⁵ Para una visión de conjunto sobre los modelos europeos de *cgc* en directivas, propuestas y textos *soft law*, *vid.* ALBIEZ DOHRMANN, 2016, en particular pp. 759-770 y pp. 789-794.

²⁶ La Directiva 93/13/CEE usa el término «profesional» en lugar de «empresario». Es profesional «toda persona física o jurídica que, en las transacciones reguladas por la presente Directiva, actúe dentro del marco de su actividad profesional, ya sea pública o privada» (art. 2, letra c).

consumidores, sea un contrato con cgc o un contrato individual cuyas cláusulas no se han negociado.

El segundo texto europeo que se refiere a las cláusulas no negociadas, aunque no expresamente, es la Directiva 2000/35/CE, de 29 de junio de 2000, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. Esta Directiva tiene, entre otros objetivos, prohibir el abuso de la libertad de contratar en perjuicio del acreedor cuando es un empresario. La mayoría de los contratos que contienen cláusulas de morosidad forman parte de contratos de adhesión con condiciones generales. Por la amplitud del ámbito objetivo de aplicación de la Directiva (comprende todos los contratos concertados entre empresarios, sean negociados o no), no tenía ningún sentido dar una definición general de las cláusulas contractuales. Sólo en el artículo 3.5 hay una mención a las cláusulas redactadas para uso general, es decir, cgc (las entidades oficialmente reconocidas que representen a las pequeñas y medianas empresas pueden estar legitimadas para combatir las cláusulas de morosidad que sean abusivas). La posterior Directiva 2011/7/UE, 16 de febrero de 2011, que es una refundición de la anterior Directiva sobre la misma materia, se refiere, sin más, a «cláusulas contractuales», sin dar tampoco ninguna definición.

El intento fallido de la Propuesta de Reglamento relativo a una normativa común de compraventa europea, de 11 de octubre de 2011²⁷, incorpora a nivel europeo, por primera vez, una definición de «condiciones generales de contratación»: son «cláusulas que han sido previamente formuladas para varias transacciones con diferentes partes, y que no han sido negociadas individualmente por las partes a tenor del artículo 7 de la normativa común de compraventa europea (art. 2, letra d)». A semejanza de la Directiva 93/13/CEE, esta Propuesta de Reglamento determina también cuándo las cláusulas contractuales no han sido negociadas individualmente. Una singularidad de la Propuesta de Reglamento es la inserción de una norma específica sobre la incompatibilidad de las cgc (art. 39). Esta Propuesta de Reglamento tenía la trascendencia de que el ámbito subjetivo se extendía no sólo a los consumidores sino también a las pequeñas y medianas empresas (art. 7).

En la recta final del siglo pasado y durante la primera década del siglo presente hubo un fervor por crear un verdadero Derecho contractual europeo que llegó a fraguarse en un proceso codificador *soft* o blando, con el propósito de crear una nueva *lex mercatoria europea*, que llegó a articularse en cuatro textos normativos, a iniciativa de distintos grupos europeos de trabajo, con objetivos

²⁷ COM (2011) 635 final.

comunes, pero no siempre coincidentes. El texto más elaborado es el Marco Común de Referencia (*Draft Common Frame of Reference*), en el cual no podía faltar, por razones obvias, una definición de las cgc: «Se entiende por «condiciones generales de la contratación» todas aquellas cláusulas que han sido formuladas previamente para varias transacciones con diferentes partes, y que no han sido negociadas individualmente por las partes» (art. II.-1:109). Contiene, como la Propuesta de Reglamento relativo a una normativa común de compraventa europea, una norma específica de las cláusulas no negociadas individualmente (art. II.-1:110). La vocación por un Derecho contractual europeo es también la aspiración del primero de los textos de *soft law*, los Principios de Derecho Europeo de los Contratos (PECL), como también los Principios *Acquis*, que allanaron el camino para la elaboración del Marco Común de Referencia. El último de los cuatro textos *soft law* es el Código Europeo de los Contratos. En estos textos encontramos también definiciones de las cgc (art. 2:209.3 PECL, art. 6:101.3 Principios *Acquis* y art. 33 Código Europeo de los Contratos). Un último texto, preparado entre juristas alemanes y franceses, pero con un alcance europeo es el *Projet de Code Europeen des Affaires*, en cuyo marco se ha presentado por la *Association Henri Capitant* el *Avant-Projet relatif au Droit du Marche*²⁸, el cual contiene una Sección dedicada a las *clauses déséquilibrées* dentro del Título dedicado al Derecho de Prácticas Comerciales Desleales entre Profesionales. Aun cuando los redactores de este Anteproyecto consideran que no debe tener lugar una regulación de los contratos entre profesionales, entienden, no obstante, que debe haber una regulación general de las cgc (definición de las cgc, requisitos de incorporación, criterios interpretativos, presupuestos para que una cláusula sea desequilibrada, cláusulas que presuntamente contienen una desventaja no razonable, la sanción de estas cláusulas, imperatividad de las normas).

Es ahora, en el RE-P2B, cuando por primera vez, a nivel europeo, se definen por ley las cgc, si bien en un sector muy específico de la contratación, concretamente en la contratación de servicios de intermediación en línea entre plataformas y usuarios profesionales. Podemos afirmar, sin equivocarnos, que las condiciones generales en este sector constituyen el epicentro del RE-P2B (el término aparece 57 veces en el texto legal, incluidos los considerandos). Con ello, el legislador europeo se ha posicionado ante una realidad innegable, cual es que los proveedores de servicios de intermediación en línea suelen servirse, como se explicita en el

²⁸ Por todos, LEHMANN, *European Review of Private Law*, I 2020, pp. 73 ss.

considerando núm. 14, de cláusulas contractuales preestablecidas, y a fin de proteger a los usuarios profesionales de manera efectiva cuando proceda, el presente Reglamento ha de aplicarse cuando las condiciones generales de una relación contractual, con independencia de su nombre o forma, hayan sido determinadas unilateralmente por el proveedor de los servicios de intermediación en línea. Esta realidad queda más que corroborada en el *Study on contractual relationships between online platforms and their professional users*, de 23 de abril de 2018, elaborado a instancia de la Comisión Europea, cuyos resultados son fundamentales para conocer e interpretar el RE-P2B²⁹. En este documento encontramos un amplio estudio sobre los *terms y conditions*, su regulación en los Estados de la UE y fuera de ella, y la práctica contractual en el ámbito de la contratación de usuarios profesionales con plataformas. Pero ya anteriormente, en la Comunicación (2016) sobre las plataformas en línea y el mercado digital³⁰ se pusieron de manifiesto los problemas interempresariales entre plataformas y proveedores respecto de las prácticas y cláusulas contractuales por falta de transparencia y su «abusividad» en muchos supuestos³¹.

Cabe preguntarse si en la redacción del RE-P2B el legislador europeo se ha guiado por algún modelo nacional o ha tenido en consideración el acervo europeo para definir las cgc. Si se examinan los textos nacionales y europeos y los comparamos con el artículo 2.10), encontraremos muchas afinidades en la descripción de los elementos que configuran las cláusulas que sean condiciones generales, pero también algunas singularidades, en particular en cuanto a la valoración general de indicios negociación de las cláusulas, que ha de apreciarse caso por caso, tanto si se han determinado unilateralmente como si no (cdo. núm. 14).

Ya antes, en la Propuesta de marzo de 2018 se formuló una primera definición meramente formal³², entonces llamadas «condiciones y términos»: *means all terms, conditions, clauses and other information, between the provider of online intermediation services and their business user, which have been unilaterally determined in advance by the relevant provider* (art. 1, letra j)³³. En términos parecidos también la posterior Propuesta, de 26 de abril de 2018³⁴. Se

²⁹ FWC JUST/2015/PR/01/0003/Lt1-02 Final Report.

³⁰ Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre plataformas en línea y el mercado digital. Retos y oportunidades de Europa, 25 de mayo de 2016, COM (2016) 288 final.

³¹ Un estudio extenso sobre esta Comunicación, *vid.* DE FRANCESCHI, 2018, pp. 9 ss.

³² GRAF VON WESTPHALEN, 2022, nota marginal (en adelante, n. m.) 92.

³³ 2018-3-00 COM.

³⁴ COM (2018) 238 final.

entiende por «condiciones», «todas las condiciones, cláusulas y demás información, con independencia de su nombre o forma, que rigen la relación contractual entre el proveedor de servicios de intermediación en línea y las empresas, y que están determinadas unilateralmente por el proveedor de los servicios de intermediación en línea». Durante su tramitación, la Ponencia de la Comisión advertía de que había que modificar la definición de «condiciones» para que fuese aplicable a todos los casos y contratos de servicios de intermediación en línea, independientemente de que las condiciones estén o no determinadas unilateralmente por el proveedor de los servicios de intermediación en línea, con el fin de evitar posibles prácticas abusivas indirectas u ocultas desde plataformas potentes. Se argumentaba que algunas plataformas tienen una posición fuerte o incluso dominante en el mercado digital, y, por lo tanto, el poder de negociación de las empresas podría ser en muchos casos inadecuado para negociar correctamente unas condiciones equitativas del contrato, incluso en el supuesto de que dichas condiciones se hubieran negociado bilateralmente. Ello puede explicar que aparte de alguna modificación de la primera frase en el artículo 2.10), se haya incorporado durante la tramitación una nueva frase, que es la que figura en el texto actual: «Tanto si se han determinado unilateralmente como si no, esa determinación unilateral ha de apreciarse sobre la base de una valoración general, en la que no deben ser determinantes ni las dimensiones relativas de los interesados, ni que haya tenido lugar una negociación, ni que algunas cláusulas hayan sido objeto de tal negociación y hayan sido determinadas conjuntamente por el proveedor y el usuario profesional». Esta segunda frase del artículo 2.10) introduce unos elementos que habrán de ser valorados debidamente cuando se tenga que juzgar la transparencia y la equidad de las cláusulas sujetas al RE-P2B.

Sorprende que en el *Model Rules on Online Platforms* del *European Law Institute* y en el texto de *Discussion Draft of a Directive on Online Intermediary Platforms* no figure una definición de las cgc, de los *contract terms*, máxime cuando en el primero de los textos una de sus principales referencias normativas es el RE-P2B (así viene señalado específicamente en los comentarios al art. 2 del modelo del *European Law Institute*; *sin* que, por otra parte, no consta la razón de su omisión). Puede haber varias razones: porque no se considera necesaria una definición de las cgc; porque corresponde a los Derechos nacionales definir las cgc, o porque el modelo que se propone rige para cualquier contrato de servicios de intermediación en línea, haya sido o no negociado.

El RE-P2B, como cualquier reglamento europeo, es de aplicación directa, sin que tenga que ser desarrollado por ninguna norma nacional, salvo que haya una norma específica que exija a los Estados miembros de la UE a que completen la normativa europea. Consecuentemente, cualquier disposición del RE-P2B debe ser interpretada en clave europea, es decir, atendiendo al contenido de la disposición concreta. Ello no excluye, cuando proceda, que las normas del RE-P2B puedan ser contempladas por normas nacionales. Además, hay materias cuya regulación se deja en manos de los Derechos nacionales (cfr. art. 1.4 RE-P2B).

La definición que da el artículo 2.10) de las condiciones generales en el sector de la contratación adhesiva en línea entre plataformas y usuarios profesionales es una definición legal específica que sólo es aplicable en este ámbito. Debe entenderse, pues, que los elementos que definen las cgc deben ser interpretados conforme al Derecho europeo, sin perjuicio de que se establezcan, en su caso, paralelismos con aquellas normas nacionales que también definen las cgc.

III. LAS PARADOJAS DE UNA RELACIÓN TRIANGULAR

Las relaciones jurídicas que surgen entre una plataforma en línea con un usuario profesional y entre una plataforma en línea con usuarios finales, como las relaciones subyacentes (relaciones horizontales) entre usuarios profesionales y usuarios finales, se regirán por textos normativos distintos. Las tres relaciones jurídicas de esta estructura triangular (cfr. art. 2.2 RE-P2B) son comúnmente contratos con condiciones generales, en los que, por tanto, no hay negociación. Pero no hay un Derecho contractual común que rige esta relación triangular.

Los contratos de adhesión entre plataformas en línea –cuyo lugar de establecimiento o domicilio se sitúe en la Unión– y usuarios profesionales se rigen principalmente por el RE-P2B³⁵. Para su aplicación, es fundamental que el usuario sea un profesional, como también es determinante que la oferta de sus productos o servicios sea dirigida a consumidores que son personas físicas.

³⁵ Al hilo de la contratación digital, CÁMARA LAPUENTE se hace la pregunta de si el contrato de adhesión es un auténtico contrato. La pregunta tiene su lógica cuando lo que se trata es navegar, p. ej., mediante los motores de búsqueda, utilizando nomenclatura y descripciones de conductas típicamente contractuales, pero sin especificar en muchos casos el objeto de la prestación ni crear una auténtica vinculación con consecuencias jurídicas –o al menos sin un poder de ejecución y coerción simétrico–, lo que genera cierto descrédito en este tipo de contratación y unas claras ineficiencias para el mercado, 2022, pp. 361 ss.

Cualquier ocultación sobre los datos profesionales va en perjuicio tanto del usuario profesional como del consumidor. Por ello, se exige que la plataforma se asegure de la identidad del usuario profesional e informe sobre la misma al consumidor (cfr. art. 3.5 RE-P2B). La identidad debe figurar, mediante la oportuna cláusula de información, que sea claramente visible, en cumplimiento de la transparencia del Reglamento, en los contratos de intermediación que celebren las plataformas con los consumidores. Con la DSA se quiere asegurar la mayor trazabilidad (interna y externa) posible de los usuarios profesionales, es decir la máxima identificación de ellos en los términos establecidos en el artículo 30. De acuerdo con esta norma, cuando una plataforma en línea permita a los consumidores formalizar contratos a distancia con usuarios profesionales, se asegurará de que los usuarios profesionales sólo puedan utilizar sus servicios para promocionar mensajes o realizar ofertas sobre productos o servicios a los consumidores localizados en la Unión Europea si, previamente al uso de sus servicios, la plataforma en línea ha obtenido al menos la información que fija el artículo 30. Por lo tanto, el artículo 3.5 RE-P2B debe ser completado con este precepto.

Los contratos de adhesión entre las demás partes se rigen, por el contrario, por los Derechos nacionales, sin perjuicio del efecto directo o indirecto del RE-P2B sobre estas relaciones. Cuando los usuarios finales son consumidores, los contratos de adhesión se rigen por las respectivas normas de consumo, de contenido claramente europeo por la transposición de la Directiva 93/13/CEE a los Derechos nacionales. Por último, las relaciones subyacentes entre usuarios profesionales y usuarios finales se rigen igualmente por los Derechos nacionales, también de marcado carácter europeo cuando los usuarios finales son consumidores.

Como consecuencia de estas relaciones jurídicas triangulares se da la paradoja de que en una de ellas –entre plataformas en línea y usuarios profesionales– rige principalmente el RE-P2B, que es una normativa estrictamente europea, mientras que las demás relaciones jurídicas se rigen fundamentalmente por los Derechos nacionales de consumo. Debe precisarse, no obstante, que el alcance del RE-P2B es limitado al asegurar básicamente la transparencia de las cláusulas, y por lo que respecta a la equidad, como control de contenido, es sólo sobre determinadas cláusulas de los contratos de servicios de intermediación. La equidad que se menciona en el RE-P2B puede referirse a la buena fe, a la justicia contractual, a la lealtad y a las prácticas leales en el comercio digital. En realidad, es todo a la vez. Por ejemplo, la equidad, entendida como compor-

tamiento, se exige a las plataformas en la clasificación o ranking de los usuarios profesionales. La buena fe y la lealtad en las relaciones comerciales son límites que deben respetar las plataformas en ciertas cláusulas (cfr. art. 8).

Por otra parte, el RE-P2B y la Directiva 93/13/CEE tienen distinto alcance en la protección de los usuarios profesionales y de los usuarios finales que son consumidores. Mientras que el RE-P2B tiene, entre sus principales objetivos, asegurar la transparencia de las cláusulas en los contratos de servicios de intermediación en línea con cgc, la Directiva 93/13/CEE tiene como principal objetivo proteger a los consumidores frente a cláusulas abusivas no negociadas individualmente. La protección que otorga la Directiva 93/13/CEE a los consumidores es mucho más amplia que la que ofrece el RE-P2B a los usuarios profesionales³⁶.

Ha de advertirse que el RE-P2B sólo es aplicable cuando los usuarios finales son consumidores, quedando fuera de su ámbito de aplicación las relaciones contractuales subyacentes entre usuarios profesionales y usuarios que no son consumidores

Según el considerando núm. 12 del RE-P2B, se ha de entender que el concepto de consumidor empleado para delimitar el ámbito de aplicación del presente Reglamento se refiere únicamente a personas físicas, si actúan con fines externos a su comercio, negocio, oficio o profesión. De ahí, que el artículo 2.4) se limita a definir al consumidor que es persona física. Surge el inevitable interrogante de si el Reglamento es aplicable también a las relaciones de servicios de intermediación en línea siendo el consumidor una persona jurídica o una entidad sin personalidad jurídica. Esta cuestión se plantea al menos en nuestro ordenamiento jurídico en el que el TRLGDCU extiende su protección a estos otros consumidores (art. 3.1.2). Sólo cabe una respuesta. Partiendo de la supraordinación de las normas europeas respecto de las normas nacionales según la jurisprudencia europea, en particular cuando son reglamentos, ha de aplicarse exclusivamente el RE-P2B, el cual delimita claramente la aplicación a los contratos subyacentes entre usuarios profesionales y consumidores-personas físicas (B2C). El RE-P2B, que tiene por objeto, como cualquier reglamento, uniformar determinadas reglas de los servicios de intermediación en línea, ha determinado claramente el ámbito objetivo y subjetivo,

³⁶ Pero no debe creerse que la protección a los consumidores es tan fuerte. Una cuestión de sumo interés son las cláusulas de exoneración o limitación de responsabilidad de las plataformas por los bienes o servicios que los usuarios profesionales realizan a los consumidores. En principio, no son abusivas. Habrá que examinar qué tipo de intermediación realiza la plataforma en línea en cuyo contrato de adhesión con los consumidores hay una cláusula de exoneración o limitación de responsabilidad.

quedando comprendido en el régimen establecido sólo los contratos horizontales (de bienes o servicios) celebrados entre B2C³⁷. Por si no obstante hubiera dudas, el considerando 13 del Reglamento dice claramente que éste se refiere únicamente a personas físicas, si actúan con fines externos a su comercio, negocio, oficio o profesión.

Por el contrario, las DSA y DMA se refieren, con carácter general, a usuarios finales, sean o no consumidores. Es un hueco importante esta falta de cobertura legal del RE-P2B a los usuarios finales que en calidad de empresarios o profesionales conciertan contratos de servicios de intermediación en línea con plataformas. No le falta razón a ARROYO AMAYUELAS en su crítica a esta laguna de protección cuando afirma que la transparencia y la lealtad a que están obligadas a observar las plataformas deberían haberse extendido a todo tipo de participantes³⁸. Esta desprotección del RE-P2B es aún más grave porque también quedan fuera del RE-P2B los propios usuarios profesionales que acuden a plataformas en línea para ofrecer sus bienes o servicios. Recurrir en estos casos a la aplicación analógica del RE-P2B no procede por la sencilla razón de que no hay ninguna laguna legal; optar, no obstante, por ella sería contraria a los presupuestos más elementales de esta técnica de aplicación normativa (de hacerlo, supondría «tumbar la voluntad del legislador europeo»). El legislador europeo quizá debería plantearse en el futuro un RE-P2C³⁹ o un Reglamento que abarque lo más ampliamente posible las relaciones triangulares de las plataformas en línea.

³⁷ Sobre la delimitación horizontal del reglamento y su aplicación directa a las relaciones jurídico-privadas que regula, *vid.* KÖNDGEN/ MÖRSDORF, 2021, pp. 172-173.

La prelación del RE-P2B tiene algunas excepciones, concretamente las fijadas en el artículo 1.4.: «El presente Reglamento se entenderá sin perjuicio de las normas nacionales que, de conformidad con el Derecho de la Unión, prohíban o sancionen comportamientos unilaterales o prácticas comerciales desleales en la medida en que los aspectos pertinentes no estén cubiertos por lo dispuesto en el presente Reglamento. El presente Reglamento se entenderá sin perjuicio del Derecho civil nacional, en particular el Derecho contractual, por ejemplo, las normas en materia de validez, celebración, efectos o resolución de contratos, en la medida en que las normas del Derecho civil nacional sean conformes con el Derecho de la Unión y en la medida en que los aspectos de que se trate no estén regulados por el presente Reglamento».

³⁸ ARROYO AMAYUELAS, 2021, p. 35.

³⁹ En Alemania, por encargo de la Asociación Federal Central de Consumidores (*Verbraucherzentrale Bundesverband*, e. V.) y promovido por el Ministerio Federal de Justicia y Protección de Consumidores se encargó a BUSCH un dictamen sobre la protección efectiva de los consumidores en la contratación en línea y la responsabilidad de las plataformas en línea, que se presentó el 22 de noviembre de 2019. Una de las cuestiones centrales del dictamen es en qué medida una Directiva o un Reglamento puede reforzar la protección de los consumidores en la contratación en línea. Cualquiera de las opciones sería factible, pero la ventaja de un RE-P2C facilitaría un mejor acoplamiento con el RE-P2B (2019, pp. 68-69).

Aunque las relaciones jurídicas entre unos y otros son independientes, pero lo son sólo relativamente al formar parte de una estructura triangular. La conexión entre los tres contratos no es sólo económica –los tres sujetos intervinientes se benefician económicamente–, sino también es jurídica –p. ej., las plataformas son responsables de los bienes y servicios en los que intermedian dependiendo de su grado de influencia en el contrato del usuario profesional–. La estructura triangular que se crea por intermediación de las plataformas constituye una excepción al principio de relatividad de los contratos *ex* artículo 1257-1 CC. Pero a diferencia de otras estructuras de conexión, p. ej., cuando hay una cadena entre la producción y la distribución de bienes o servicios hasta que lleguen al usuario final, las plataformas actúan principalmente como intermediarias, con su grado de responsabilidad según su grado de intervención en el mercado, pero no son ellas las que, por norma general, realizan las transacciones (no son ellas las que venden, las que ofrecen el servicio). Las relaciones están engarzadas entre sí, interconectadas se podría decir (*ineinandergreifende Rechtsverhältnisse*). Así, p. ej., las plataformas en línea deben dar la máxima transparencia a los consumidores, informándoles debidamente, sobre el usuario profesional con quien contratan⁴⁰. Las cláusulas que se pacten entre plataformas en línea y usuarios profesionales pueden incidir directa o indirectamente en los contratos

⁴⁰ Se debe reseñar la relevancia que tiene ahora para las plataformas el artículo 97 bis TRLGDCU en sus relaciones con los usuarios-consumidores en cuanto a sus deberes de información:

«1. Antes de que un consumidor o usuario quede obligado por un contrato a distancia, o cualquier oferta correspondiente, en un mercado en línea, el proveedor del mercado en línea le facilitará, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 19 y 20 de esta norma y en la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, de forma clara, comprensible y adecuada a las técnicas de comunicación a distancia, con especial atención en caso de tratarse de personas consumidoras vulnerables, a las que se les facilitará en formatos adecuados, accesibles y comprensibles, la siguiente información:

a) Información general, facilitada en una sección específica de la interfaz en línea que sea fácil y directamente accesible desde la página en la que se presenten las ofertas, relativa a los principales parámetros que determinan la clasificación de las ofertas presentadas al consumidor o usuario como resultado de la búsqueda y la importancia relativa de dichos parámetros frente a otros.

b) Si el tercero que ofrece los bienes, servicios o contenido digital tiene la condición de empresario o no, con arreglo a su declaración al proveedor del mercado en línea.

c) Cuando el tercero que ofrece los bienes, servicios o contenido digital no sea un empresario, la mención expresa de que la normativa en materia de protección de los consumidores y usuarios no es de aplicación al contrato.

d) Cuando proceda, cómo se reparten las obligaciones relacionadas con el contrato entre el tercero que ofrece los bienes, servicios o contenido digital y el proveedor del mercado en línea, entendiéndose esta información sin perjuicio de cualquier responsabilidad que el proveedor del mercado en línea o el tercero empresario tenga en relación con el contrato en virtud de otra normativa de la Unión Europea o nacional.

entre aquéllos y los usuarios finales que sean consumidores⁴¹. La actuación unilateral de las plataformas puede ser injusta y perjudicar a los intereses legítimos de los usuarios profesionales y, de modo indirecto, también a los de los consumidores de la Unión. Por ejemplo, podrían imponer unilateralmente a los usuarios profesionales prácticas que se desvían considerablemente de las buenas conductas comerciales o son contrarias a la buena fe y a la lealtad de las relaciones comerciales. Como así también las cláusulas que imponen las plataformas a los usuarios profesionales (p. ej., las cláusulas de paridad abusivas tienen efectos perjudiciales para los consumidores). En contraste del artículo 3.3 RE-P2B, que sanciona con la nulidad las cláusulas que no son transparentes, el artículo 8 del mismo Reglamento no contempla una sanción civil de las cláusulas señaladas que sean contrarias a la buena fe y a la lealtad de las relaciones comerciales. Ello supone un problema para aquellos ordenamientos jurídicos, como el español, que no conocen un control específico de las cláusulas no negociadas contrarias a la buena fe entre empresarios.

En definitiva, aunque el contrato de servicios de intermediación en línea sólo vincula a las plataformas y a los usuarios profesionales, es un contrato que tiene efectos sobre los usuarios consumidores tanto con respecto a la relación que éstos establecen con las plataformas como en relación con los contratos que celebren con los usuarios profesionales. El usuario profesional cuando hace la oferta a través de las plataformas no puede perjudicar a los consumidores como terceros en este caso. Salvo el artículo 1258 CC, no tenemos una norma general que extienda la protección a los terceros en los contratos con consumidores. En el RE-P2B, en el considerando núm. 9, en su objetivo de garantizar la transparencia de la economía de plataformas en línea y la confianza en ellas en las relaciones entre empresas, afirma que ello podría contribuir indi-

e) En su caso, las garantías y seguros ofrecidos por el proveedor del mercado en línea.

f) Los métodos de resolución de conflictos y, en su caso, el papel desempeñado por el proveedor del mercado en la solución de controversias.

2. La carga de la prueba en relación con el cumplimiento de los requisitos de información establecidos en este artículo incumbirá al empresario».

Esta norma entró en vigor el 28 de mayo de 2022, habiendo sido insertada por el RD-ley 24/2021, de 2 de noviembre. La norma trae causa de la transposición de la Directiva (UE) 2019/2161 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de noviembre de 2019 por la que se modifica la Directiva 93/13/CEE del Consejo y las Directivas 98/6/CE, 2005/29/CE y 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que atañe a la mejora de la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores de la Unión. *Vid.* el nuevo artículo 6 bis de la Directiva 2011/83/UE.

⁴¹ Por todos, resulta de interés, para examinar la otra relación vertical que establecen las plataformas con consumidores, la obra de ÁLVAREZ MORENO, 2021, pp. 51 ss. *Vid.* también CAMPUZANO TOMÉ, 2022, pp. 566-574.

rectamente a mejorar también la confianza de los consumidores en la economía de plataformas en línea. No obstante, los efectos directos en los consumidores del desarrollo de la economía de plataformas en línea son objeto de otros actos jurídicos de la Unión, como las DSA y DMA.

IV. PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE ADHESIÓN DE SERVICIOS DE INTERMEDIACIÓN EN LÍNEA ENTRE PLATAFORMAS Y USUARIOS PROFESIONALES

El RE-P2B no define el contrato de adhesión de servicios de intermediación en línea entre plataformas y usuarios profesionales, pero sí describe los elementos subjetivos y objetivos de este contrato en los apartados 1), 2) y 3) del artículo 2. Además de definir el usuario profesional y el proveedor de servicios de intermediación en línea (aps. 1 y 3), determina en qué consiste el objeto de este contrato (ap. 2). Son servicios de «intermediación en línea», según esta norma, los servicios que cumplen todos los requisitos siguientes: a) constituyen servicios de la sociedad de la información⁴², b) permiten a los usuarios profesionales ofrecer bienes o servicios a los consumidores, con el objetivo de facilitar el inicio de transacciones directas entre dichos usuarios profesionales y consumidores (se ha de precisar que mientras que el concepto de usuario profesional es uno solo en todos los Estados miembros de la UE, el concepto de consumidor no es uniforme en los ordenamientos nacionales), con independencia de dónde aquellas concluyan en última instancia, y c) se prestan a los usuarios profesionales sobre la base de relaciones contractuales entre el proveedor de los servicios que ofrecen los bienes o servicios a los consumidores (ap. 3).

A diferencia de algunos pocos ordenamientos jurídicos, en el nuestro carecemos de una regulación legal general del contrato de intermediación, que, como figura contractual, forma parte del tráfico jurídico. Nos falta, sin embargo, un modelo legal en donde inspirarse. Ha sido la jurisprudencia⁴³ y la doctrina⁴⁴ las que han definido los elementos característicos básicos del contrato de inter-

⁴² Es servicio, según el artículo 1.2) de la Directiva 98/48/CE, de 20 de julio de 1998, «todo servicio de la sociedad de la información, es decir, todo servicio prestado normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios». En la LSSICE, *vid.* Anexo, letras a) y b).

⁴³ Resulta de interés el esfuerzo que hace el Tribunal Supremo en definir el contrato de intermediación en la STS 8 de marzo de 2013 (RJ 5523).

⁴⁴ Por todos, BUSTO LAGO, 2013, pp. 3481 ss.

mediación, los cuales deberán ser tenidos en cuenta a la hora de examinar el contrato de intermediación en línea entre plataformas y usuarios profesionales.

En atención a los elementos que configuran el contrato de servicios de intermediación en línea sujeto al RE-P2B, describamos ahora las principales características de este contrato, atendiendo a su objeto y sus funciones.

No siempre resulta fácil describir las características específicas del contrato de servicios de intermediación en línea, en parte porque el modo de actuación de las plataformas en el mercado digital puede variar según su intermediación sea meramente pasiva o activa, y cuando es activa puede adoptar distintos modelos de contratación en línea. Hay características que son comunes, que no son excluyentes entre sí, y otras, por el contrario, pueden ser excluyentes. Y algunas son discutibles.⁴⁵

El contrato de servicios de intermediación en línea no se puede definir simplemente como contrato de plataforma. Sería una definición excesivamente reduccionista que nos impediría conocer su verdadero significado.

Como idea básica, podemos señalar que en el marco del RE-P2B el contrato de servicios de intermediación en línea es entre proveedores de servicios –plataformas digitales– y usuarios profesionales. Es una relación vertical. Los servicios en línea que prestan las plataformas son servicios de la información, prestados normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios (de acuerdo con el art. 1.1, letra b) de la Directiva 2015/1535, de 9 de septiembre, al que remite expresamente el art. 2.2, letra a) del RE-P2B). Es, por tanto, un contrato de servicio a distancia, que se celebra por vía electrónica y siempre a petición individual de un usuario profesional (*vid.* art. 1.1, letra b) de la Directiva 2015/1535).

Entremos ahora en la categorización de este contrato, que ha sido elaborada principalmente por la doctrina científica.

– Contrato de mediación o corretaje.

Cuena Casas, en su estudio general sobre los contratos de intermediación en línea, se acerca al contrato de mediación o corretaje para entender la naturaleza jurídica de este contrato⁴⁶. En una pri-

⁴⁵ CAMPUZANO TOMÉ subraya la diversidad de modelos y la falta reguladora adecuada a la actual economía de plataformas. Esta diversidad ha obligado a los tribunales a intervenir, resolviendo caso por caso, al objeto de determinar el papel que las plataformas digitales juegan en la contratación en línea (2022, p. 560).

⁴⁶ CUENA CASAS, *Cuadernos de Derecho Transaccional* (octubre 2020), Vol. 12, Núm. 2, n. m. 147-151, pp. 329-330. También ÁLVAREZ MORENO, 2021, pp. 52-57.

mera aproximación, según su precepción, se puede decir que el servicio prestado por las plataformas cumple la misma función que el contrato de mediación, en cuanto facilita la interacción de los usuarios sin intervenir en el contrato⁴⁷ (se entiende el contrato que conciertan con unos y otros usuarios). Se puede hablar más específicamente de corretaje cuando al consumidor se ofrece por mediación de la plataforma la reserva de un alojamiento o el alquiler de un inmueble. En estos supuestos, la plataforma ejerce frecuentemente un papel activo⁴⁸.

El contrato que suscribe la plataforma en línea con el usuario profesional es un contrato de intermediación al hacer aquélla de intermediaria entre el usuario profesional y el consumidor. Se debe remarcar especialmente que, por ser un contrato de servicios de intermediación en línea, las plataformas asumen la obligación de prestar un servicio a los usuarios profesionales para que las ofertas lleguen a los consumidores. Una de las principales obligaciones de las plataformas es informar debidamente a los consumidores que acceden a ellas. El servicio en línea que prestan las plataformas a los usuarios profesionales contiene obligaciones de resultado al menos en cuanto que aquéllas deben asegurar que las ofertas que se hacen a través de sus medios técnicos lleguen a los consumidores. Obviamente, no pueden asegurar que se llegue a celebrar el contrato subyacente entre un usuario profesional y un usuario final que acude a la plataforma (es siempre un contrato de consumo cuando se aplica el RE-B2B). El acceso de los usuarios finales a las plataformas en línea es una obligación que éstas deben cumplir, por ser una obligación que asumen frente a los usuarios profesionales⁴⁹.

Finalmente, señalar que para las plataformas es importante crear confianza en el mercado de línea para que los usuarios profesionales confíen en su intermediación.

– Contrato electrónico.

Al ser un contrato que se realiza a través de medios electrónicos, comparte también las características del denominado contrato electrónico^{50 51}. Es una figura aún más amplia (éste es un contrato a distancia, oneroso, formal –indirectamente–, generalmente de

⁴⁷ Ídem, n. m. 151, p. 330.

⁴⁸ ORTI VALLEJO, 2019, p. 104.

⁴⁹ CUENA CASAS, 2020, n. m. 164, p. 335.

⁵⁰ Se entiende por vía electrónica, según el artículo 1.2) de la Directiva 98/48/CE, un servicio enviado desde la fuente y recibido por el destinatario mediante equipos electrónicos de tratamiento (incluida la compresión digital) y de almacenamiento de datos y que se transmite, canaliza y recibe enteramente por hilos, radio, medios ópticos o cualquier otro medio electromagnético». En la LSSICE, *vid.* Anexo, letra h).

⁵¹ ORTI VALLEJO, 2019, pp. 98-99.

adhesión⁵²). El contrato de servicios de intermediación en línea puede, calificarse, como un tipo de contrato electrónico⁵³ de la sociedad de la información, y más específicamente del mercado digital. Según la definición que figura en el Anexo de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (LSSICE), el contrato celebrado por vía electrónica o contrato electrónico es todo aquel contrato «en el que la oferta y la aceptación se transmiten por medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos, conectados a una red de telecomunicaciones».

– Contrato de uso.

Se puede decir también que se trata de un contrato de uso⁵⁴ en cuanto que las plataformas en línea permiten a los usuarios profesionales ofertar bienes o servicios, y a los consumidores obtenerlos mediante la contratación electrónica⁵⁵. Los destinatarios de estos servicios o bienes, los usuarios finales, pueden entonces utilizar los servicios que prestan las plataformas.

– Contrato de acceso.

Para poder ofertar y obtener bienes o servicios hay que tener acceso a las plataformas, previa petición de los usuarios profesionales y finales. Cuenca Casas habla expresamente del contrato de acceso a la plataforma, que no deja de ser un aspecto del contrato de servicios de intermediación en línea⁵⁶. El concepto de «acceso», en palabras de Yanguas Gómez, es un concepto técnico jurídico para designar, en el ámbito de las relaciones entre empresas, un fenómeno (en realidad un deber jurídico) mediante el cual un operador de redes de comunicaciones electrónicas pone a disposición de otro (a veces por imperativo legal) determinados recursos, servicios, e infraestructuras, con el objeto de que este último adquiera la capacidad necesaria para poder actuar en el mercado como proveedor de servicios de comunicaciones electrónicas frente a terceros⁵⁷. Este concepto de «acceso» descrito por este autor para las relaciones entre empresas en el ámbito del Derecho de las Telecomunicaciones, nos permite entender, no obstante, el signifi-

⁵² VEGA VEGA, 2015, p. 93.

⁵³ Tiene su origen en el Intercambio Electrónico de Datos (EDI), pero la falta de estandarización de mensajes se reveló insuficiente para generar la dinámica que exige el sector (VEGA VEGA, 2015, p. 105).

⁵⁴ O, según RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, un acuerdo de uso (2021, p. 407).

⁵⁵ Así, BALDUZI, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Córdoba*, vol. XI, núm. 2, Nueva Serie II, 2020, pp. 213-214.

⁵⁶ 2020, n. m. 145, p. 328.

⁵⁷ YANGUAS, 2012, p. 137.

cado que tiene el acceso en el ámbito de los servicios de intermediación en línea. Para poder visitar una plataforma hay que tener acceso a ella, a veces mediante una solicitud previa, para poder, así, consultar el contenido, abierto o cerrado, de las prestaciones, condiciones y uso que oferta la plataforma. Cuando el usuario accede por primera vez a la plataforma, ésta, antes de iniciar el procedimiento de contratación, debe cumplir con los deberes de información a que obliga el artículo 27.1 LSSICE, que se dará por cumplida, según este precepto, si la plataforma incluye en su web las condiciones señaladas en este precepto. Si la información está contenida en la página o sitio web, la información precontractual queda satisfecha sin necesidad de que sea transmitida a su contraparte mediante un mensaje de datos (art. 27.1.2 LSSICE). Además, también con carácter previo al inicio del procedimiento de contratación, deberá poner a disposición del usuario profesional del destinatario las cgc (art. 27.4 LSSICE).

El contacto continuado que tienen los usuarios profesionales con las plataformas es a través del acceso de la web, siendo común que las plataformas ofrezcan paquetes de contenidos o servicios que se determinan por norma general unilateralmente, por lo tanto, sin negociación alguna, pero, se supone, que estas ofertas unilaterales tienen por base o fundamento las cláusulas del contrato de servicios de intermediación en línea con el usuario profesional.

Una de las características de cualquier contrato de intermediación en línea es el suministro de datos personales a las plataformas. Pero para ello las plataformas deben haber incorporado en sus condiciones generales una descripción sobre el acceso técnico y contractual de los datos personales de los usuarios profesionales (así, art. 9.1, frase primera RE-P2B)⁵⁸.

– Contrato de adhesión.

El contrato de servicios de intermediación en línea es comúnmente un contrato de adhesión. En la economía de plataformas en línea no hay, por norma general, espacio para la negociación. Cuando falta la negociación, es necesario proteger a los usuarios de plataformas. Este es el objetivo del RE-P2B, que establece reglas específicas para proteger a los usuarios profesionales frente a cláusulas no transparentes y no equitativas.

⁵⁸ Sobre el control de las declaraciones de datos personales, que no es un control de contenido, *vid.* MCCOLGAN, *AcP* (221), 2021, pp. 695 ss.

– Contrato de gestión en sentido amplio.

En términos muy generales, el contrato de servicios de intermediación en línea es un contrato de gestión⁵⁹, al menos cuando las plataformas ejercen un papel activo⁶⁰, si bien no ejercen de agente o de representante de los usuarios profesionales. La prestación realizada es, dice Cuenca Casas, puramente técnica, de aproximación de las partes contratantes –para la celebración del contrato subyacente–, y hasta cierto punto material, aunque sea a través de medios técnicos⁶¹. Se debe matizar, en opinión de Orti Vallejo, cuando la plataforma ejerce un papel activo, es decir cuando los clientes (usuarios profesionales y consumidores en el marco del RE-P2B) no pueden realizar el contrato (subyacente) sin la plataforma. En estos supuestos, a su juicio, la prestación de la plataforma debe incardinarse en el contrato de mandato. La plataforma no sólo facilita la celebración del contrato subyacente, sino que interviene en nombre del proveedor de servicios o bienes (es la causa por la que cobra comisiones por su gestión)⁶². Lo mismo cabe decir, esto es, que la plataforma es representante del proveedor de servicios (usuario profesional) cuando, además, los elementos esenciales del contrato subyacente (contrato horizontal) vienen predeterminados por las plataformas⁶³.

Según el contrato de intermediación en línea sea de servicios, de corretaje o de gestión, su contenido determina el contenido contractual, quedando sujeto a su respectiva regulación legal, la cual es, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos, muy parca y hasta desfasada (valga como ejemplo la vetusta regulación del contrato de arrendamiento de servicios en el Código Civil).

– Contrato de relaciones duraderas.

El contrato de servicios de intermediación en línea es un contrato duradero o un contrato con obligaciones duraderas⁶⁴ ⁶⁵. Tanto a las plataformas como a los usuarios profesionales les interesa que

⁵⁹ RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALELL afirma que operador se dedica de manera profesional a desarrollar una actividad económica consistente en la gestión de una plataforma electrónica. Esta actividad de gestión centralizada se despliega a su vez en la asunción, en virtud del contrato de acceso, de un conjunto de facultades (configuradas habitualmente como derechos no como obligaciones) que mejoran el atractivo de su oferta, incrementan la confianza, dotan al entorno de mayor certidumbre, acentúan sus ventajas competitivas con las plataformas rivales o controlan su exposición al riesgo (2021, p. 408).

⁶⁰ ORTI VALLEJO, 2019, p. 104.

⁶¹ CUENCA CASAS, 2020, n. m. 151-152, pp. 330-331.

⁶² ORTI VALLEJO, 2019, pp. 106-107.

⁶³ Ídem, pp. 109.

⁶⁴ GRAF VON WESTPHALEN, 2022, n. m. 74.

⁶⁵ Esta característica, como señala ORTI VALLEJO, lo diferencia del contrato de mediación (2019, pp. 104-105).

el contrato sea duradero, continuado en el tiempo, sin perjuicio de su revisión periódica. Las plataformas han de garantizar que toda modificación que se realice en dichas condiciones generales se notifique a los usuarios profesionales en un soporte duradero, en un plazo fijo de notificación que sea razonable y proporcionado de acuerdo con las circunstancias específicas y que sea, como mínimo, de quince días. Deben ofrecerse plazos de notificación proporcionados de más de 15 días de duración cuando las modificaciones que se propongan a las condiciones generales exijan a los usuarios profesionales efectuar adaptaciones técnicas o comerciales para cumplir con la modificación, por ejemplo, si se les exige ajustes técnicos significativos en sus bienes o servicios (art. 3.2.2 RE-P2B, cfr. cdo. núm. 18).

Al ser los contratos de servicios de intermediación en línea relaciones duraderas, el acceso se mantiene durante todo ese tiempo.

– Contrato complejo.

Se dice que este contrato comparte las características de un contrato complejo, en parte porque pertenece a una estructura triangular, y también se califica como un contrato mixto cuando la plataforma ofrece sus propios bienes o servicios. Por su falta de regulación específica en nuestro ordenamiento jurídico se dice también que es un contrato atípico.

– Excepcionalmente un contrato de colaboración o cooperación.

Este contrato no es por norma general un acuerdo de colaboración o de cooperación entre las plataformas en línea y los usuarios profesionales como a veces es denominado en algún ámbito. Si realmente fuese un acuerdo de colaboración o cooperación (en alemán, *Partnervertrag*), estaríamos ante una situación muy específica, concretamente cuando una plataforma ofrece, además de servir de intermediaria a los usuarios profesionales, sus propios bienes o servicios⁶⁶. Se trata de una nueva forma de negocio, el llamado *dropshipping* (contrato de triangulación), lo que permite aumentar aún más la difusión de las ofertas en el mercado. La relación jurídica con los usuarios finales (p. ej., venta de un producto de un *partner* a través de la plataforma) puede ser directa, siendo el vendedor la plataforma, o indirecta, siendo vendedor el usuario profesional.

⁶⁶ Un supuesto que examinan NAUMANN/RODENHAUSEN, concretamente la relación de la plataforma Zalando con sus *Partner* (*ZEuP*, 4, 2020, en particular pp. 781 ss., así como su impacto del RE-P2B en estos contratos, pp. 784 ss.).

Aunque los contratos de colaboración o cooperación con cada uno de los usuarios profesionales y los contratos de servicios de intermediación en línea son independientes, hay un ligamen económico y jurídico entre ellos, lo que suscitará problemas de fricción en la aplicación del RE-P2B, en particular en cuanto a los requisitos de transparencia de las cláusulas. El artículo 6 RE-P2B establece expresamente: «Cuando se ofrezcan bienes y servicios auxiliares –incluidos productos financieros– a los consumidores mediante los servicios de intermediación en línea, ya sea por parte de los proveedores de servicios de intermediación en línea o de terceros, el proveedor de servicios de intermediación en línea incluirá en sus condiciones generales una descripción del tipo de bienes y servicios auxiliares ofrecidos y una descripción de si también está autorizado, y en qué condiciones, a ofrecer sus propios bienes y servicios auxiliares a través de los servicios de intermediación en línea» (cfr. también el art. 7.2. RE-P2B). La oferta de bienes o servicios auxiliares por plataformas en línea es frecuente en algunos sectores como el de viajes o reserva de alojamiento en hoteles. La posición privilegiada de algunas plataformas en el mercado digital, como Amazon –que es una plataforma abierta–, les permite ofertar bienes o servicios propios, pudiendo llegar a crear verdaderas redes comerciales. Por ello, es necesario garantizar una transparencia no sólo en beneficio de los consumidores sino también de los usuarios profesionales.

– Contrato hasta cierto punto neutral.

Es un contrato que tiene por objeto facilitar transacciones entre usuarios profesionales y consumidores por mediación de las plataformas digitales. Es, en principio, un contrato neutral por cuanto su objeto es un servicio de intermediación propio de la sociedad de información, incluso cuando contiene prestaciones adicionales⁶⁷; sin perjuicio de que las plataformas puedan ofrecer bienes o servicios propios a los consumidores. Quienes fijan las condiciones de los bienes o servicios que se ofertan a través de las plataformas son los usuarios profesionales. Es una de las premisas para la aplicación del RE-P2B, ya que las plataformas son para el Reglamento sólo intermediarias, sin perjuicio de que pueden ofrecer bienes o servicios propios («auxiliares», según el art. 6 RE-P2B). No intervienen, ni deben intervenir, en la oferta de bienes o servi-

⁶⁷ Resulta de interés la STJUE 19 de diciembre de 2019 (asunto C-390/18) sobre las actividades que realiza Airbnb en el sector de alojamientos turísticos. El Tribunal Europeo determina que esta plataforma desarrolla un servicio de intermediación aun cuando oferta prestaciones adicionales. A la misma conclusión llega el TS Con-Adm. Sección Tercera, 7 de enero de 2022.

cios de los usuarios profesionales. Por eso es también importante que las plataformas ejerzan realmente como intermediarias y que lo hagan saber a los consumidores, debiéndose identificar ante ellos como plataformas de intermediación. Pero la neutralidad no significa necesariamente que las plataformas no sean, en su caso, responsables por su intermediación. La neutralidad puede «romperse» cuando al mismo tiempo de intermediar la plataforma en línea fija las condiciones de los elementos esenciales del contrato subyacente entre usuarios profesionales y consumidores (el art. 20 del *Model Rules on Online Platforms* hace responsable a las plataformas que ejercen una influencia predominante por los perjuicios que se causen a los consumidores). Nada dice al respecto la DSA (cfr. arts. 4 y ss.). La neutralidad se rompe igualmente cuando la propia plataforma oferta bienes o servicios⁶⁸.

V. LOS ELEMENTOS CONFIGURADORES DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN EN EL RE-P2B

1. LA NOMENCLATURA JURÍDICA

Resulta indiferente el nombre que se dé a las condiciones generales en el contrato de servicios de intermediación en línea entre plataformas y usuarios profesionales. Ya lo dice el artículo 2.10): «todas las condiciones generales o cláusulas, con independencia de su nombre». Llámese condiciones generales de la contratación, condiciones generales, cláusulas, condiciones, términos, términos de uso o con cualquier otro nombre, si se cumplen los requisitos del artículo 2.10), estarán sujetas a la regulación del RE-P2B. El nombre que se dé a las cláusulas resulta, por tanto, indiferente, aun cuando comúnmente en los textos normativos estas cláusulas se identifican con las cgc para una mayor precisión y transparencia normativa, sobre todo cuando se describen sus elementos configuradores. La aclaración del artículo 2.10) «con independencia de su nombre» supone una novedad, pero simplemente constata una realidad: que en los contratos de servicios de intermediación en línea se usan términos distintos, como generalmente en muchos otros contratos de adhesión. A veces, en estos contratos, en la lista de definiciones redactada por el predis-

⁶⁸ Habrá que diferenciar en estos supuestos las cgc que son propias del contrato de servicios de intermediación en línea y las cgc del contrato de las plataformas con los consumidores.

ponente, se definen las condiciones generales, alguna vez para diferenciarlas de las condiciones particulares. La definición de las cgc debería figurar, como las demás definiciones, para garantizar su conocimiento, al comienzo del contrato, y no al final. Si bien, por norma general, las definiciones no se suelen leer, salvo cuando surgen controversias interpretativas sobre alguno de los conceptos que se usan en el contrato de servicios de intermediación en línea.

El uso de distintos términos jurídicos para el mismo concepto jurídico puede dificultar el reconocimiento en el motor de búsqueda, por lo que debería usarse el mismo término, debiéndose facilitar un reconocimiento automático. En el caso de que se usen varios términos (p. ej., condiciones generales de la contratación), se debería facilitar una búsqueda comprensiva⁶⁹.

2. DETERMINACIÓN UNILATERAL DE LAS CLÁUSULAS, EN LUGAR DE PREDISPOSICIÓN E IMPOSICIÓN, POR EL PROVEEDOR DE SERVICIOS DE INTERMEDIACIÓN EN LÍNEA

En el texto del artículo 2.10) no figuran dos elementos configuradores típicos de las cgc⁷⁰, esto es, la predisposición⁷¹, por una parte, y la imposición⁷², por otra. En su lugar, el legislador europeo introduce, como elemento configurador de las cgc, la determinación unilateral de las cláusulas por los proveedores de servicios de intermediación en línea. La determinación unilateral como nota configuradora de las cgc no tiene un valor absoluto, como veremos más adelante.

Predisposición significa que las cláusulas han sido formuladas previamente (*formulated in advanced, on formulation apply*) por quien tiene la posición de predisponente (la plataforma en línea) o por un tercero. Imposición significa que no hay negociación, que no es posible la negociación del contenido de las cláusulas.

La contratación electrónica fomenta la determinación unilateral de quien a través de medios electrónicos oferta bienes o servicios⁷³. En la contratación de servicios de intermediación por

⁶⁹ Vid. MATEO RIVERA/SANCHO FERRER, 2012, pp. 161 ss.

⁷⁰ El estudio más completo, de obligada lectura, es el que realiza PAGADOR LÓPEZ, 1999, en particular, pp. 230 ss. Por el peso que tiene aún hoy en la doctrina española, vid. ALFARO ÁGUILA-REAL, 1991, pp. 112 ss.

⁷¹ Sobre este elemento, por todos, PAGADOR LÓPEZ, 1999, pp. 251-262.

⁷² Sobre este otro elemento, por todos, PAGADOR LÓPEZ, 1999, pp. 262-276.

⁷³ Sobre la estandarización de los contratos electrónicos, ILLESCAS ORTIZ, 2019, pp. 264-265. En cuanto a la técnica contractual a través de este medio, el autor distingue

medios electrónicos no hay mucho espacio para la negociación si no se negocia aparte, en la fase precontractual, usando los tradicionales mecanismos de negociación. La LSSICE determina cuándo el contrato electrónico se ha concluido y cuándo las cgc quedan incorporados en el contrato, pero corre un velo tupido sobre la negociación.

La determinación unilateral de las cláusulas como elemento configurador de las cgc, en lugar de su predisposición o formulación anticipada y de su imposición, se debe poner en relación con la frase segunda del artículo 2.10), ya que la negociación que no obstante hubiera habido entre una plataforma digital y un usuario profesional no impide que, valorando conjuntamente determinadas circunstancias previstas en la norma, la determinación sea unilateral.

No es determinante, pues, según el artículo 2.10), que las plataformas en línea predispongan, y menos aún que impongan cláusulas, sino que se hayan determinado unilateralmente. La calificación de las cgc de los contratos de servicios de intermediación en línea sujetos al RE-P2B se debe hacer de acuerdo con el artículo 2.10), debiendo prevalecer a la definición que se da a las cgc en el artículo 1.1 Ley de Condiciones Generales de la Contratación (en adelante, LCGC), sin perjuicio de que este precepto puede servir de interpretación complementaria del art. 2.10). Atendiendo a la definición de las cgc en el artículo 1.1 LCGC, son elementos claves la predisposición y la imposición de las cláusulas. En cierta medida, la determinación unilateral engloba la predisposición –la fijación unilateral es una predisposición– y la imposición –determinar unilateralmente el contenido de las cláusulas implica imposición–⁷⁴. Pero hemos de insistir en que el requisito de la determinación unilateral de las cláusulas como criterio para definir las cgc no se puede entender sin el análisis pormenorizado de la segunda frase del artículo 2.10).

entre el acuerdo negocial y previo o acuerdo marco y las cgc. La primera fórmula se adapta en particular al comercio electrónico de entorno cerrado y de presumible larga duración –por el número amplio de transacciones a producirse a lo largo del tiempo– entre las mismas partes. La segunda fórmula se adecua a relaciones de comercio electrónico a establecerse en entornos abiertos y esporádica entre las partes (p. 263). Cabe precisar, no obstante, cuando son plataformas, las relaciones siempre son duraderas si son con usuarios profesionales, tanto las cerradas como las abiertas, pudiendo servir el contrato de servicios de intermediación en línea con condiciones generales como contrato marco en la aplicación de los acuerdos diarios entre plataformas y usuarios profesionales.

⁷⁴ Para ÁLVAREZ MORENO se trata de cláusulas predisuestas e impuestas (2021, p. 78).

3. LA INDIFERENCIA DE LA FORMA DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN

No sólo resulta irrelevante el nombre que se dé a las cláusulas para considerar que son cgc, sino también la forma en que aparecen en las relaciones con usuarios profesionales. El medio técnico prevalente es la contratación electrónica, pero cualquier otra forma vale, como, p. ej., la contratación verbal (lo cual no deja de ser algo excepcional). Resulta irrelevante que las cláusulas aparezcan en documentos escritos a máquina o en documentos impresos, o se hayan transcritos de formularios ya existentes, o se remitan a enlaces. La especificación en el art. 2.10) según la cual las cláusulas son cgc con independencia de la forma en que aparecen no es un criterio que siempre aparece en las normas que las definen. Nuestra LCGC, en el artículo 1.1, en términos parecidos considera también que la apariencia externa no ejerce ninguna influencia en que las cláusulas sean o no cgc.

4. OMISIÓN DEL CRITERIO DE PLURALIDAD DE CONTRATOS DE SERVICIOS DE INTERMEDIACIÓN EN LÍNEA COMO ELEMENTO CONFIGURADOR DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN

El artículo 2.10) omite totalmente lo que ha sido tradicionalmente un requisito de las cgc, esto es, su predisposición para una pluralidad de contratos. El mismo requisito podría exigirse a las cláusulas predispuestas en los contratos de servicios de intermediación en línea como elemento configurador de las condiciones generales de la contratación. Sin embargo, este requisito no aparece en la redacción del artículo 2.10). Al definir el término «condiciones generales» el legislador europeo parece que se refiere a las cláusulas que por las plataformas se usan para varias transacciones, incorporadas como dice el artículo 1.1 LCGC *in fine*, en una pluralidad de contratos. Sin embargo, de la segunda frase del artículo 2.10) no cabe colegir, al menos no con la debida claridad, que el RE-P2B tiene exclusivamente por objeto asegurar la transparencia y la equidad en los contratos de servicios de intermediación cuyo contenido sea el mismo para una pluralidad de transacciones.

Ya antes, en la Directiva 1993/13/CEE el elemento de la generalidad o uniformidad había dejado de tener relevancia, había perdido su función delimitadora en los contratos con consumidores⁷⁵.

La omisión del requisito de la pluralidad de contratos puede deberse a que en el mercado digital son muchos los usuarios profesionales que contratan siempre con las mismas plataformas, algunas de ellas con un gran poder. Cabe preguntarse, por ello, si la pluralidad de los contratos de servicios de intermediación en línea es un elemento configurador necesario⁷⁶, imprescindible, para proteger a los usuarios profesionales. Ciertamente, la predisposición de cláusulas para una pluralidad de contratos es un indicio de que el usuario profesional no tiene poder alguno para negociar con la plataforma, ni en la fase precontractual, ni tampoco cuando se celebra el contrato de servicios de intermediación en línea. Seguramente a muchos usuarios profesionales ni siquiera les interesa negociar porque lo importante para ellos es poder acceder a los servicios de intermediación que ofrecen las plataformas en línea para ofertar sus bienes o servicios a los usuarios finales. El usuario profesional tendrá la misma imposibilidad o dificultad de poder negociar las cláusulas, con independencia de que el contrato es único o son varios con el mismo contenido. La protección del usuario profesional debe ser la misma, al margen del número de contratos de servicios de información en línea que celebre la plataforma con otros usuarios profesionales. Puede ser una de las razones del legislador europeo para prescindir de la pluralidad, generalidad o uniformidad de contratos como elemento configurador de las cgc en este sector de la contratación. Ello abre el interrogante de si el RE-P2B extiende la cobertura legal al contrato individual entre una plataforma y un usuario profesional que no haya sido objeto de negociación. Corresponderá a la jurisprudencia europea y, en su caso, a la jurisprudencia nacional determinar si es también de aplicación del RE-P2B. En caso afirmativo, habrá que preguntarse si la protección del RE-P2B debe ser la misma. Con independencia de que las cláusulas no negociadas sean para un solo contrato o para una pluralidad de contratos, los intereses del predisponente son los mismos, y, por tanto, la protección debería ser la misma cuando se cause un perjuicio al adherente⁷⁷. Por la misma razón, no debería bajarse el listón de transparencia y de equidad que asegura el RE-P2B cuando son

⁷⁵ Vid. PAGADOR LÓPEZ, 1999, pp. 254-255; también nota 73, p. 253.

⁷⁶ Una lectura crítica sobre la pluralidad de contratos como elemento configurador de las cgc hace BUZ en su artículo doctrinal, *AcP* (219), 2019, pp. 1 ss.

⁷⁷ BUZ, 2019, p. 21.

cláusulas que no han sido negociadas individualmente entre una plataforma y un usuario profesional.

5. LA VALORACIÓN GENERAL DE LA DETERMINACIÓN UNILATERAL DE LAS CLÁUSULAS. INDICIOS NEGOCIALES NO DETERMINANTES

5.1 **La valoración general de los indicios negociales en la determinación unilateral de las cláusulas**

La segunda frase del artículo 2.10) no resulta novedosa en el Derecho de las condiciones generales de la contratación, si bien su contenido puede llamar un tanto la atención. Según esta disposición, «tanto si se han determinado unilateralmente como si no, esa determinación unilateral ha de apreciarse sobre la base de una valoración general, en la que no deben ser determinantes ni las dimensiones relativas de los interesados, ni que haya tenido lugar una negociación, ni que algunas cláusulas hayan sido objeto de tal negociación y hayan sido determinadas conjuntamente por el proveedor y el usuario profesional». Por norma general, en los textos normativos se suele contraponer las cgc a las cláusulas negociadas individualmente como criterio delimitador, incluso determinando cuándo no hay negociación individual. Pero el artículo 2.10) lo que exige es una valoración general de determinadas circunstancias, fijadas por la norma —que deben ser entendidas como indicios—, que concurren aislada o conjuntamente, para calificar, en su caso, que las cláusulas son condiciones generales, normalmente no en su conjunto, sino cada cláusula que haya sido incorporada en los contratos de servicios de intermediación en línea. La valoración ha de apreciarse caso por caso (cdo. núm. 14). En esa valoración general no deben ser determinantes, en sí mismos, ni el tamaño relativo de las partes, ni que haya tenido lugar una negociación, ni que algunas disposiciones hayan sido objeto de tal negociación y hayan sido determinadas conjuntamente por el proveedor de servicios y el usuario profesional.

5.2 **Primer indicio de valoración (no determinante): las dimensiones de las plataformas digitales y de los usuarios profesionales**

En principio, debería resultar indiferente cualquier criterio dimensional de las empresas que contratan con otras empresas,

tanto quienes determinan unilateralmente las cláusulas como las que se adhieren a ellas⁷⁸ ⁷⁹. Uno de los aspectos positivos del RE-P2B es que no distingue. Sea pequeña, mediana o grande la empresa que contrata con una plataforma, del tamaño que sea, un servicio de intermediación en línea para ofertar mediante ella bienes o servicios, la protección debe ser la misma, debiendo regir los mismos criterios de transparencia y de equidad que fija el RE-P2B⁸⁰. Al referirse el artículo 2.10), no obstante, a las dimensiones relativas de las empresas en la economía de línea, lo que quiere decir es que la dimensión de las empresas no es, ni debe ser, determinante para valorar que las cláusulas son o no cgc (o, más ampliamente, cláusulas no negociadas). En realidad, el criterio dimensional de las empresas puede tener, en su caso, alguna relevancia para determinar que pudo haber negociación cuando la plataforma y el usuario tienen más o menos la misma repercusión en el mercado interior. Pero aquellas plataformas en línea, que tienen una significativa repercusión en el mercado interior, no conceden comúnmente ningún poder de negociación a los usuarios profesionales, menos cuando éstos sean pequeños o medianos. Pero incluso grandes plataformas no negocian con grandes empresas, aunque, en principio,

⁷⁸ Así, ALBIEZ DOHRMANN, 2009.; también MATO PACÍN, 2012, p. 126.

⁷⁹ Raros son los textos legales que delimitan la protección atendiendo a criterios dimensionales de las empresas frente a cgc abusivas, como, p. ej., el Nuevo Código Civil holandés (art. 6: 235.1 NBW). En la Propuesta de un Código Empresarial Europeo (2021), en el título dedicado al Derecho de las prácticas comerciales desleales entre profesionales, se limita el ámbito de aplicación a las microempresas y pequeñas y medianas empresas según la Recomendación 2003/361/CE de la Comisión (art. 126 del anteproyecto de regulación del Derecho de Mercado, que forma parte de esta Propuesta europea).

⁸⁰ El RE-P2B sí hace una matización en cuanto a la dimensión de las empresas que sean proveedores de servicios de intermediación en línea en cuanto al sistema interno de tramitación de reclamaciones según el artículo 11. En concreto, dice que «las disposiciones de este artículo no se aplicarán a los proveedores de servicios de intermediación en línea que sean pequeñas empresas en el sentido del anexo de la Recomendación 2003/361/CE». Una Recomendación de la Comisión Europea se eleva a rango normativo, y por tanto vinculante. La razón de la exclusión del sistema interno de reclamaciones de las pequeñas plataformas se explica en el considerando núm. 38 del Reglamento: «Teniendo en cuenta los costes de establecer y gestionar estos sistemas, resulta apropiado que quede exento de dichas obligaciones todo proveedor de servicios de intermediación en línea que constituya una pequeña empresa, de conformidad con las disposiciones pertinentes de la Recomendación 2003/361/CE de la Comisión». Según el artículo 2.2 de la Recomendación, en la categoría de las PYME, se define a una pequeña empresa «como una empresa que ocupa a menos de 50 personas y cuyo volumen de negocios anual o cuyo balance general anual no supera los 10 millones de euros». También quedarían excluidas las microplataformas del sistema interno de tramitación de reclamaciones, aunque no se mencionan en el artículo 11.5 RE-P2B. Según el artículo 2.3 de la Recomendación, en la categoría de las PYME, se define a una microempresa como «una empresa que ocupa a menos de 10 personas y cuyo volumen de negocios anual o cuyo balance general anual no supera los 2 millones de euros». Si una pequeña plataforma queda excluida del artículo 11.5 RE-P2B, con mayor razón quedan también fuera las microplataformas.

Las pequeñas y las microplataformas tampoco están obligadas a designar mediadores para llegar a acuerdos con usuarios profesionales en caso de conflicto de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 12.7 RE-P2B.

cabría pensar lo contrario. Igualmente, hay plataformas pequeñas que no negocian con usuarios profesionales, cualquiera que sea la dimensión de éstos. No hay, por otra parte, criterios objetivos cuándo una empresa tiene una u otra dimensión, a no ser que se fijen criterios objetivos. Para el RE-P2B las dimensiones de las empresas no son determinantes, casi se podría decir que son poco relevantes⁸¹. Se podría haber prescindido –creo– perfectamente de este indicio en el artículo 2.10).

Hay plataformas que por sus dimensiones controlan los mercados, actuando como puertas de acceso o guardianes de acceso, entre usuarios profesionales y usuarios finales, alterando a veces las reglas del mercado digital, dando lugar a prácticas en ocasiones desleales. Para luchar contra estas prácticas desleales, que pueden ser nocivas para los usuarios profesionales y los usuarios finales, se debe estar a la DMA⁸². Para determinar cuándo una plataforma, siendo un proveedor de servicios básicos, tiene la consideración de guardián de acceso (*gatekeeper* –su acrónimo es GAFA–), se establecen en los apartados uno y dos del artículo 3 distintos criterios objetivos (umbrales cuantitativos) en función de distintos criterios económicos (umbrales cualitativos): Si tiene una gran influencia en el mercado interior (a); presta un servicio básico de plataforma que es una puerta de acceso importante para que los usuarios profesionales lleguen a los usuarios finales (b), y tiene una posición afianzada y duradera, por lo que respecta a sus operaciones, o es previsible que alcance dicha posición en un futuro próximo (c). Se presumirá que una empresa cumple los respectivos requisitos establecidos en el apartado 1: en relación con el apartado 1, letra a), cuando la empresa consiga un volumen de negocios anual en la Unión igual o superior a 7 500 000 000 euros en cada uno de los tres últimos ejercicios, o cuando su capitalización bursátil media o su valor justo de mercado equivalente ascienda como mínimo a 75 000 000 000 euros en el último ejercicio, y preste el mismo servicio básico de plataforma en al menos tres Estados miembros (a); en relación con el apartado 1, letra b), cuando proporcione un servicio básico de plataforma que, en el último ejercicio, haya tenido al menos 45 millones mensuales de usuarios finales activos establecidos o situados en la Unión y al menos 10 000 usuarios profesionales activos anuales establecidos en la Unión, identificados y calculados de conformidad con la metodología y los indicadores establecidos en el anexo (b); en relación con el apartado 1, letra c),

⁸¹ GRAF VON WESTPHALEN, 2022, ns. ms. 102 y 103

⁸² COM (2020) 842 final.

cuando se hayan alcanzado los umbrales establecidos en la letra b) del presente apartado en cada uno de los últimos tres ejercicios (c).

Entre los servicios básicos de plataforma que están comprendidos en la DMA figuran los servicios de intermediación en línea (art. 2.2, letra a), que son aquellos que cumplen los requisitos fijados en el artículo 2.2 RE-P2B, al que remite expresamente (art. 2.5). Corresponderá a la Comisión Europea investigar las prácticas (cfr. arts. 14 y ss. y arts. 20 y ss.) que delimitan la disputabilidad en el mercado interior o son desleales, particularmente cuando no cumplen determinadas obligaciones según la normativa europea (cfr. arts. 5 y 6). Por lo tanto, sólo a la Comisión Europea corresponderá investigar las prácticas de los *gatekeeper* en el mercado, si cumplen o no las obligaciones que les impone la normativa europea, abriendo, en su caso, una investigación cuando el incumplimiento es sistemático para imponerles medidas correctoras proporcionales a la infracción cometida (art. 18.1).

5.3 Segundo indicio de valoración (no determinante): negociación entre la plataforma y el usuario profesional

Una negociación entre la plataforma y el usuario profesional para concertar un contrato de servicios de intermediación en línea no es tampoco un indicio determinante que haya sido objeto de negociación.

Antes de examinar este segundo indicio, deberíamos tener en cuenta que el RE-P2B sólo regula una parte de las cláusulas más usuales en los contratos de servicios de intermediación (cláusulas de restricción, suspensión y terminación, cláusulas sobre los parámetros que rigen la clasificación –cláusulas de ranking–, algunas cláusulas específicas, cláusulas relativas a datos...). Sin embargo, el control específicamente de transparencia que pretende asegurar el RE-P2B comprende todas las cláusulas, sean cláusulas sobre elementos principales (p. ej., el precio) o accesorios de los elementos principales (p. ej., condiciones de pago del precio) o simplemente cláusulas accesorias del contrato de servicios de intermediación en línea. Por consiguiente, cualquier cláusula de un contrato de servicios de intermediación en línea está sujeta a los requisitos de transparencia [claridad y comprensibilidad según el art. 3.1.a) RE-P2B]. La exigencia de que las relaciones comerciales se desarrollen de buena fe y se basen en la lealtad es, sin embargo, sólo respecto de determinadas cgc (art. 8.1). Y aun habiendo sido negociadas algunas de ellas, ello no quiere decir necesariamente que no sean condiciones generales. Al menos no es determinante según el artículo 2.10). Se suele excluir de las condiciones generales las

cláusulas que regulan los elementos esenciales porque se niega que puedan ser objeto de un control de contenido, salvo que traspasen los límites intrínsecos de la autonomía de voluntad. Pero cuando se trata del control de transparencia formal y material, exigiendo que las cláusulas sean claras, comprensibles y no perjudiquen los intereses de la otra parte contratante, esta exclusión desvanece por completo. El RE-P2B sólo contempla el control de transparencia formal, dejando fuera el control de transparencia material, sin perjuicio de este segundo control por los Derechos nacionales, como, p. ej., el Derecho alemán (§ 307.1, frase segunda, BGB). Nuevamente en nuestro Derecho carecemos de una norma específica que permite el control de la transparencia material de las cgc entre empresarios⁸³.

En la economía de plataformas en línea, los usuarios profesionales no conocen la mayoría de las veces las cgc, ni tampoco tienen un gran interés en conocerlas, aunque hayan prestado su consentimiento en el contrato de servicios de intermediación en línea. A los usuarios profesionales les preocupa principalmente las comisiones, la gestión de pago, las clasificaciones... Lo más importante para ellos es que puedan entrar en el mercado en línea y mantener el acceso a ella, sea abierto o cerrado. Una parte importante, por no decir la principal, de sus ganancias se obtiene gracias a las plataformas. La difusión de los bienes o servicios que los usuarios profesionales prestan a través de las plataformas es mucho mayor, y es menos costosa que cualquier publicidad por iniciativa propia. Estas realidades, que son exclusivamente económicas, explican el poco o nulo interés de los usuarios profesionales de negociar con las plataformas, de conocer las cláusulas, y menos todavía cuando son empresas pequeñas o medianas. Incluso las grandes empresas, que prefieren trabajar con plataformas potentes, no entran a negociar con ellas sobre los contenidos de los servicios que prestan.

En las relaciones diarias mediante el acceso permanente, normalmente a través de extranet, los usuarios profesionales toman constantemente decisiones de acuerdo con los mensajes de datos que suministran las plataformas en «cajones prefabricados» para mejorar las ofertas a los usuarios finales. Las decisiones que se toman se hacen normalmente sin consideración a las cláusulas del contrato que les une con las plataformas. Aunque los departamentos de marketing de los usuarios profesionales tomarán las decisio-

⁸³ Sobre este tema existe un amplio debate en el que he participado mediante diversos artículos doctrinales. Por todos, SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, 2021, en particular pp. 359 ss.

nes apropiadas para posicionarse y mejorar sus productos cada día en el mercado, no son decisiones negociadas con las plataformas, sino que vienen previamente condicionadas por éstas en los mensajes de datos que envían. Las plataformas harán en ocasiones uso de cláusulas previamente codificadas en programas (script), por lo tanto, no negociadas y no necesariamente ligadas al contrato de servicios de intermediación en línea, que se pueden ejecutar por los usuarios profesionales en cada momento.

La contratación de las plataformas con los usuarios profesionales es por vía electrónica –la tradicional–, concretamente por medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos. Habría que preguntarse cuánto «espacio» hay para la negociación en la contratación electrónica. La comunicación comercial de la plataforma con el usuario profesional no se rige por el RE-P2B, sino por la LSSICE. La comunicación puede contener una verdadera oferta o una mera invitación a contratar informando al usuario profesional del servicio de intermediación que se presta. Antes de iniciar la contratación, la plataforma debe cumplir con los deberes de información que imponen los artículos 10 y 27 LSSICE. Entre las obligaciones previas, la plataforma «deberá poner a disposición del destinatario las condiciones generales a que, en su caso, deba sujetarse el contrato, de manera que éstas puedan ser almacenadas y reproducidas por el destinatario» (art. 27.4). Pero antes, las plataformas deben garantizar a los usuarios profesionales el conocimiento real de las cgc en cumplimiento de los artículos 5.3 y 7 LCGC, si bien la celeridad con que se celebran los contratos electrónicos dificulta el conocimiento efectivo de las cgc. Esta dificultad se solventa con el anuncio de las cgc en la web de la plataforma en la que puede navegar el usuario (*browsewrap*)⁸⁴. La puesta a disposición de las cgc ha de hacerse por medios electrónicos, debiendo tener el usuario profesional la posibilidad de almacenarlas. Los usuarios profesionales si quieren negociar con las plataformas lo harán respecto de algunas cláusulas o acordando condiciones particulares⁸⁵. Sea la aceptación de las cgc por suscripción (aceptando las cgc pulsando el icono de

⁸⁴ Sobre esta forma de contratación, en particular CÁMARA LAPUENTE, «Nuevos perfiles del consentimiento en la contratación digital», 2022, pp. 367 ss. y pp. 374 ss. Este autor propone regular el fenómeno de la contratación por mera navegación (pp. 398-399).

⁸⁵ «Condiciones particulares» es el documento que recoge, para cada caso concreto, las condiciones adicionales, matizaciones o excepciones a estas cgc a otros documentos incluidos en la documentación contractual. Las condiciones particulares establecidas entre las partes que pudieran entrar en contradicción con estas cgc prevalecerán sobre las disposiciones correspondientes de las cgc. Sin embargo, las cgc prevalecerán sobre los términos y condiciones que sean contradictorios con las mismas incluidas por el proveedor en su oferta.

aceptación *–click-wrapping–*⁸⁶⁸⁷ ⁸⁸ o por referencia (*clickwrap agreements*)⁸⁹, no hay apenas margen para la negociación si no es por medios no electrónicos. La incorporación de las cgc en el contrato de servicios de intermediación en línea no queda, sin embargo, asegurada mediante el *browsewrap* si no es mediante una referencia expresa a las cgc.

Cuando los usuarios profesionales se registran en el servicio de alojamiento de datos, aceptan también las condiciones generales del contrato de servicios de intermediación en línea, previo cumplimiento del artículo 27.4 LSSICE. Cabe preguntarse si es suficiente que en el mensaje de datos de la plataforma haya una simple referencia o remisión a las cgc. En principio, podría ser suficiente a tenor de lo que dice el precepto⁹⁰. El RE-P2B, por otra parte, nada dice sobre la incorporación de las cgc en el contrato de servicios de intermediación en línea.

Por otra parte, las plataformas suelen desarrollar, especialmente cuando tienen influencia en el mercado digital, sus propios modelos de negocio, los cuales son tomados como referencia por plataformas menos influyentes. A esta autorregulación del mercado en línea, que no conoce fronteras, se deben fijar ciertos límites mediante regulaciones legales imperativas como los que fija el RE-P2B. Uno de los indicios de influencia predominante de la plataforma en mercado es, según el artículo 20.2 del *Model Rules on Online Platforms* del *European Law Institute*, que los términos del contrato entre proveedor y el cliente son determinados esencialmente por el operador de la plataforma⁹¹.

Una singularidad del artículo 2.10) que no aparece en los textos normativos que delimitan las cgc es el indicio de la negociación misma del contrato de servicios de intermediación en línea. No por el hecho de que se haya negociado el contrato, no deja de ser un indicio, que, además, no es determinante para negar que el contrato celebrado es de adhesión. ¿A qué se refiere el artículo 2.10) cuando dice «negociación»? En la fase precontractual,

⁸⁶ Se consideran incorporadas las cgc en los contratos con consumidores, según la jurisprudencia europea, cuando las condiciones ofrezcan al menos un hipervínculo cuyo contenido desplegado puede ser impreso o guardado en soporte duradero (SSTJUE 21 de mayo de 2015, asunto C-322/14 y 5 de julio de 2012, asunto C-49/11). Más reciente, sobre incorporación de cgc en un contrato entre empresarios, cfr. la STJUE de 24 de noviembre de 2022, asunto C-358/21.

⁸⁷ CAVANILLAS MÚGICA, 2003, pp. 165 y 167.

⁸⁸ Según GRIMALT SERVERA, se debe aceptar mediante clic el contrato, y después se debe aceptar también mediante clic las cgc (2014, p. 388).

⁸⁹ GONZÁLEZ GONZALO, 2004, pp. 230-231.

⁹⁰ ILLESCAS ORTIZ, 2019, pp. 264-265.

⁹¹ El artículo 20 forma parte del capítulo V que regula la responsabilidad de los operadores de plataforma con influencia predominante.

especialmente cuando la plataforma y el usuario profesional tienen la misma repercusión en el mercado, puede haber un acercamiento entre las partes expresando cada uno sus intenciones, pero esto no significa que están negociando el contenido del futuro contrato de servicios de intermediación en línea. En el lenguaje jurídico alemán se distingue entre *verhandeln* y *aushandeln*, una distinción que no conocemos en el nuestro. En la versión alemana del artículo 2.10) figura la palabra *verhandeln*, que coincide con lo que nosotros llamamos negociación (en la versión francesa aparece la palabra *négociation*, en la inglesa *negotiation*, en la italiana *negoziiazione*, en la portuguesa *negociação*), pero *verhandeln* sólo significa que las partes realizan actividades dirigidas a la celebración de un futuro contrato de servicios de intermediación en línea⁹² (intercambio de opiniones, acercamientos sucesivos, pero sin realizar aún ofertas y contraofertas serias). Entendida en este sentido la negociación, en ningún caso es un indicio que debe ser valorado o tenido en cuenta en la calificación de las cláusulas como cgc. El término *aushandeln* significa algo más que negociar: significa que se negocia realmente, que hay una verdadera negociación, en la que no sólo se discute global e individualmente el contenido de las cláusulas, sino que se realizan ofertas, y en su caso contraofertas. No es una mera negociación procedimental, en palabras de Carrasco Perera⁹³ y Giménez Costa⁹⁴, sino una producción consensuada entre las partes (sería equivalente a *aushandeln*). Es mucho más que poder influir en el contenido del contrato de quien en principio no tiene poder negociación. Hay negociación en este sentido cuando la plataforma está dispuesta real y seriamente a tomar en consideración los intereses del usuario profesional, dándole libertad para configurar también el contenido de las cláusulas⁹⁵. Aun en este caso, habiendo una verdadera negociación, no por ello es determinante para excluir las cláusulas el contrato de servicios de intermediación en línea del RE-P2B⁹⁶. Carrasco Perera se pregunta hasta donde debe llegar la tensión negociadora para que haya una verdadera negociación, lo cual no deja de ser algo especulativo⁹⁷. Nosotros no tenemos un precepto paralelo como en el Derecho alemán, concretamente el § 305.1, frase tercera, BGB, según el cual «Allgemeine Geschäftsbedingungen liegen nicht vor, soweit die Vertragsbedingungen zwis-

⁹² GRAF VON WESTPHALEN identifica esta negociación con una *reine Tätigkeit* (2022, n. m. 105).

⁹³ CARRASCO PERERA, 2021, p. 867.

⁹⁴ GIMÉNEZ COSTA, 2012, p. 132.

⁹⁵ ASÍ, PAGADOR LÓPEZ, 1999, en particular, pp. 299-312.

⁹⁶ GRAF VON WESTPHALEN, 2022, n. m. 106.

⁹⁷ CARRASCO PERERA, 2021, pp. 867-868.

chen den Vertragsparteien im Einzelnen ausgehandelt sind». La singularidad del texto europeo es que aun habiendo habido una verdadera negociación, ello no es determinante para desproteger al usuario profesional si valorando conjuntamente otros indicios se llega a la conclusión contraria. Entre estos indicios está la dimensión de la plataforma. En relaciones que son verticales, en las que por tanto hay una dependencia económica o de mercado, como las que regula el RE-P2B, es difícil que haya negociación entre las partes. Por consiguiente, la plataforma que quiera probar que no obstante ha habido una verdadera negociación tendrá que aportar pruebas totalmente convincentes para negar que el contrato de servicios de intermediación en línea no ha sido negociado.

5.4 Tercer indicio de valoración (no determinante): cláusulas individuales negociadas conjuntamente entre la plataforma y el usuario profesional

Una singularidad del texto europeo es que separa la negociación propiamente del contrato de servicios de intermediación en línea de las cláusulas que individualmente hayan sido objeto de tal negociación y hayan sido determinadas conjuntamente por la plataforma y el usuario profesional. En los textos europeos (la Directiva 93/13/CEE y el *soft law*) y nacionales se refieren exclusivamente a la negociación de una o varias cláusulas o parte de su contenido, que por ser objeto de negociación, no por ello las demás cláusulas quedan fuera de los distintos específicos controles. El artículo 2.10) exige para considerar que las cláusulas se han negociado es que hayan sido determinadas conjuntamente. Desde luego, no hay negociación si la plataforma facilita al usuario profesional para su elección un listado de cláusulas, lo cual no deja de ser un acto unilateral (cfr. II.-1:110 DCFR); tampoco cuando el usuario profesional puede influir en el contenido de la cláusula (art. 3.2 Directiva 93/13/CEE⁹⁸). Ninguno de estos dos indicios figura en la LCGC y tampoco en el TRLGDCU. El artículo 2.10) es más exigente. Para que una cláusula individual o una parte de ella haya sido objeto de negociación, ha de ser determinada conjuntamente –dice el artículo 2.10)– por la plataforma y el usuario profesional, no sólo que ambas partes hayan podido influir en su contenido⁹⁹, sino que su contenido ha tenido que ser verdaderamente negociado

⁹⁸ Una guía orientativa práctica para determinar cuándo las cláusulas son o no negociadas propone PAGADOR LÓPEZ, 1999, pp. 323-329.

⁹⁹ Sobre la posibilidad de influir el adherente en las cláusulas propuestas por el pre-disponente, en su contenido, ampliamente PAGADOR LÓPEZ, 1999, pp. 315-329.

por ambas partes (*ausgehandelt* por ambas partes). La determinación conjunta o proposición consensuada de alguna cláusula o de una parte excluye que la determinación o proposición haya sido unilateral por parte de la plataforma. Aun este caso, como dice el artículo 2.10), tampoco es determinante para negar que las demás cláusulas no hayan sido negociadas. En realidad, lo que se pretende decir es que aun en este caso las demás cláusulas se rigen por las disposiciones del RE-P2B. A juicio de Álvarez Moreno, el RE-P2B da un paso más, porque su aplicación se extiende tanto a las condiciones impuestas como a las pactadas por las partes¹⁰⁰.

Ya en la Directiva 93/13/CEE se opta por una postura intermedia al no exigir que todas las cláusulas no sean negociadas para proteger a los consumidores. El hecho de que –como dice el art. 3.2.2– «ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado no excluirá la aplicación del presente artículo al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata, no obstante, de un contrato de adhesión».

Esta postura intermedia es la que se adopta también en la LCGC para calificar las cláusulas como cgc aun cuando algunas o parte de ellas hayan sido negociadas. Según el artículo 1.2, «el hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una o varias cláusulas aisladas se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de esta Ley al resto del contrato si la apreciación global lleva la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión».¹⁰¹

Encontramos, pues, elementos en común entre los dos textos europeos y el Derecho español, con la particularidad de que éste tiene en consideración la valoración global de las cláusulas en cualquier contrato con condiciones generales.

5.5 ¿Otros indicios de valoración (no determinantes)?

El artículo 2.10), como norma general que es, no debería ser interpretado como una norma que contiene una lista cerrada de indicios, aun cuando el considerando núm. 14 no menciona otros indicios que los que aparecen en el precepto.¹⁰² Un indicio de negociación sería la concertación verbal de alguna cláusula o parte de su contenido. Aun cuando la contratación de servicios de intermediación en línea es mediante medios tecnológicos –es una de sus características–, muy ocasionalmente podría darse el caso de que

¹⁰⁰ ÁLVAREZ MORENO, 2021, p. 77.

¹⁰¹ La apreciación global como criterio interpretativo no aparece en el artículo 82.2 TRLGDCU. Tampoco es necesario, ya que rige el artículo 1.2 LCGC, que es la norma general.

¹⁰² Así, GRAF VON WESTPHALEN, que entiende que la lista es cerrada (2022, n. m. 113).

verbalmente fuese concertada la cláusula. Otro indicio podría una eventual transacción entre las partes sobre el contenido de una cláusula. O que en un documento independiente se acuerde una nueva cláusula o se modifique alguna de las cláusulas determinadas unilateralmente.

5.6 La valoración general de los indicios

En la valoración general se puede tomar en consideración cada uno de los indicios *ex* artículo 2.10), pero ninguno de los indicios es determinante, ni siquiera concurriendo todos, para negar la aplicación del RE-P2B. El contrato de servicios de intermediación que se somete a un somero escrutinio para determinar si contiene cláusulas negociadas no deja de ser un riesgo para ambas partes del contrato¹⁰³, pero sobre todo para el usuario profesional, cuya protección es mucho mayor de aplicarse el RE-P2B.

En el sistema interno de tramitación de reclamaciones, en la mediación o ante los tribunales pueden surgir controversias en torno a si una o varias cláusulas del contrato de servicios de intermediación han sido negociadas. Serán, en este caso, las propias partes, el mediador (o mediadores) o el tribunal los que tendrán que valorar los indicios de negociación que hubiera. Una valoración general positiva (o apreciación global positiva) de alguna(s) cláusula(s) no excluye que las demás cláusulas hayan sido determinadas unilateralmente, como tampoco una valoración general negativa significa que las demás cláusulas hayan sido negociadas. En su caso, cuando haya alguna nueva controversia sobre alguna otra cláusula, habrá que valorar nuevamente, de acuerdo con los parámetros del artículo 2.10), si ha sido negociada o no.

Un tanto particular es la valoración general de las cláusulas en aquellos supuestos en los que las plataformas no sólo ofrecen sus bienes o servicios de intermediación en línea, sino que conciertan con cada uno de los usuarios profesionales o con alguno de ellos un contrato de colaboración o de cooperación, cuyo régimen jurídico vendrá determinado por los respectivos Derechos nacionales. Al mismo tiempo, los contratos de servicios de intermediación en línea con cada uno de ellos están sujetos a los requisitos de transparencia y de equidad del RE-P2B. Aun cuando algunas cláusulas del contrato de colaboración ligadas al contrato de servicios de intermediación en línea hayan sido negociadas, su valoración debe quedar sujeta a los criterios del artículo 2.10). Ello significaría que las

¹⁰³ Puesto de relieve por NAUMANN/RODENHAUSEN, *ZEuP*, 2020, p. 785.

cláusulas están sujetas a los mismos requisitos de transparencia y de equidad del RE-P2B¹⁰⁴. Pero ello no necesariamente tiene que beneficiar a los usuarios profesionales, porque ellos prefieren negociar las cláusulas, y si efectivamente han sido negociadas, no están interesados en someterlas a un control más intenso¹⁰⁵.

5.7 ¿Inversión de la carga de la prueba o facilitación de la prueba?

Tradicionalmente se ha venido defendiendo que mientras en los contratos con consumidores corresponde al empresario probar que las cláusulas han sido negociadas (una, algunas o todas), en los contratos entre empresarios corresponde al empresario que lo alega acreditar que las cláusulas son condiciones generales. La presunción de no negociación de las cláusulas en contratos con consumidores, que es una concesión del legislador europeo, favorece claramente a los consumidores al asegurar una mayor protección de sus derechos (la presunción de no negociación viene establecida en el art. 3.2.3 de la Directiva 93/13/CCE; en el TRLGDCU, en el art. 82.2-2; sin embargo, no viene articulada en la LCGC).

Aunque en el RE-P2B no se formula expresamente una presunción de no negociación de cláusulas incorporadas en los contratos de servicios de intermediación en línea, cabría deducirla del artículo 2.10). Esta conclusión a la que se llega es porque la definición que contiene este precepto es omnicomprendiva. La presunción tácita que establece, que es *iuris tantum*, beneficia a los usuarios profesionales cuando denuncian la falta de transparencia o de equidad de las cláusulas porque quedarían eximidos de probar que las cláusulas son cgc, correspondiendo a las plataformas la prueba de que hubo negociación. En el caso de que se discutiera que ha habido negociación, corresponderá entonces a la plataforma probar que los indicios *ex* artículo 2.10) a favor de la negociación fueron determinantes. Al final, la prueba de la negociación se traslada a la plataforma. Quizá el legislador europeo ha errado al no establecer una presunción expresa de no negociación en los contratos de servicios de intermediación en línea, como sí lo hizo en la Directiva 93/13/CEE

¹⁰⁴ NAUMANN/RODENHAUSEN entienden que el criterio de la valoración general de las cláusulas *ex* artículo 2.10) plantea, desde el punto de vista práctico, algunos graves riesgos cuando las plataformas son híbridas. En el supuesto que ellos examinan, la plataforma Zalando regula, por una parte, mediante el *Partnervertrag* las cláusulas con cada uno de sus *Partner*, algunas de ellas negociadas, y por otra, concierta con cada uno el contrato de servicios de intermediación en línea. Si las cláusulas negociadas se valoran conforme a los criterios del artículo 2.10) pueden ser calificadas como cgc, quedando entonces sujetas a los requisitos del RE-P2B (*ZEuP*, 4, 2020, pp. 784-786).

¹⁰⁵ NAUMANN/RODENHAUSEN, *ZEuP*, 4, 2020, p. 786.

cuando son contratos con consumidores. Como también la Propuesta de un Código Empresarial Europeo, en el que se establece una presunción de no negociación en los contratos de adhesión entre empresarios (art. 128 del anteproyecto de regulación del Derecho del mercado).

En cualquier caso, el artículo 2.10) facilita, aunque no siempre según los indicios de negociación que haya, la prueba a los usuarios profesionales que invocan la aplicación del RE-P2B¹⁰⁶. Una interpretación en este sentido, por lo tanto, favorable al usuario profesional, tiene su base en el artículo 2.10), ya que los indicios de negociación no son determinantes, como precisa la norma, ni siquiera si se dan todos los indicios. Sería contrario al espíritu del RE-P2B exigir al usuario profesional una prueba rigurosa acreditando que las cláusulas son cgc. Por norma general, cualquier indicio contra la negociación es suficiente (proveedores de servicios con importantes cuotas en el mercado digital, ausencia de tratos previos a la concertación del contrato, uso de formularios por parte del proveedor de servicios...). Cualquier apariencia externa de que se está ante un contrato de servicios de intermediación en línea no negociado sería, en principio, suficiente. Y los indicios de negociación que hubiera, no necesariamente destruyen esa apariencia externa. En caso de duda, la interpretación de que las cláusulas son cgc debe ser a favor del usuario profesional.

Cuando la plataforma hace uso por primera vez de sus cláusulas, la apariencia externa deberá ser valorada para determinar que las cláusulas son cgc.

Puede darse el caso de que el contrato de servicios de intermediación en línea contenga efectivamente cláusulas negociadas pero que están ligadas a otras cláusulas no negociadas (p. ej., cláusulas negociadas sobre el modo de pago de las comisiones con la cláusula de comisión).

Habrán situaciones concretas en los que el usuario profesional se vea obligado a un esfuerzo probatorio mayor porque hay una relación de mayor igualdad comercial en el mercado que operan, porque tienen las mismas dimensiones ambas partes o porque no hay dependencia económica con la plataforma.

¹⁰⁶ Según GRAF VON WESTPHALEN, pero desde la perspectiva del Derecho alemán, atendiendo a lo dispuesto en el § 305.1 BGB, el usuario profesional debe probar que las cláusulas son cgc (2022, n. 123).

5.8 El problema de la validez de cláusula: «todas las condiciones han sido negociadas»

En el contrato de servicios de intermediación puede figurar una cláusula, que podría incorporarse al final del documento, en el que se dice que «todas las condiciones han sido negociadas» o que «todas las cláusulas no son condiciones generales según el artículo 2.10) RE-P2B».

Podría darse el caso de que la cláusula que estamos analizando figurase en un lugar que no corresponde en el contrato de servicios de intermediación en línea (p. ej., en la parte que algunos contratos denominan «miscelánea») o con una letra más pequeña de lo normal. La cláusula podría ser nula por falta de transparencia (p. ej., por ser una cláusula sorprendente), conforme con el artículo 3.3 RE-P2B. Pero la cláusula, en sí misma, es totalmente clara y comprensible.

Esta cláusula perjudica claramente al usuario profesional, debiendo ser sancionada por ser abusiva con la nulidad de acuerdo con el Derecho nacional.

En la inmensa mayoría de los ordenamientos jurídicos europeos hay normas que permiten el control material de las cláusulas de contratos no negociados entre empresarios. España va a la zaga desde hace demasiado tiempo al negar una mayor protección a los empresarios frente a cláusulas abusivas¹⁰⁷.

En nuestro ordenamiento jurídico no tenemos, salvo el artículo 1258 CC, una norma específica de protección de los empresarios frente a cgc abusivas¹⁰⁸. Sólo en los contratos con consumidores este tipo de cláusula sería abusiva a tenor de lo dispuesto en el artículo 88.2 TRLGDCU, según el cual, se considera abusiva» la cláusula en virtud de la cual se impone la carga de la prueba en

¹⁰⁷ Uno de los últimos países que tiene una regulación específica de protección de los empresarios que se adhieren a cláusulas es Bélgica. En virtud de la Ley 53/2019, de 4 de abril, ha incorporado en el *Code de droit économique* un título específico para el control de las cláusulas abusivas, incluyendo un listado negro y otro gris de cláusulas abusivas. En el artículo VI.91/3 § 1er se dice, «*Pour l'application du présent titre, toute clause d'un contrat conclu entre entreprises est abusive lorsque, à elle seule ou combinée avec une ou plusieurs autres clauses, elle crée un déséquilibre manifeste entre les droits et obligations des parties.* § 2. *Le caractère abusif d'une clause contractuelle est apprécié en tenant compte de la nature des produits qui font l'objet du contrat et en se référant, au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion, à l'économie générale du contrat, aux usages commerciaux qui s'appliquent, de même qu'à toutes les autres clauses du contrat, ou d'un autre contrat dont il dépend.*». «*Pour l'appréciation du caractère abusif, il est également tenu compte de l'exigence de clarté et de compréhension visée à l'article VI.91/2, alinéa 1er. L'appréciation du caractère abusif des clauses ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation entre le prix ou la rémunération, d'une part, et les produits à fournir en contrepartie, d'autre part, pour autant que ces clauses soient rédigées de façon claire et compréhensible.*».

¹⁰⁸ Vid. ALBIEZ DOHRMANN, 2009, pp. 146 ss.; MATO PACÍN, 2012, pp. 153 ss.

perjuicio del consumidor y usuario en los casos en que debería corresponder a la otra parte contratante». La nulidad de la cláusula que dispone que «todas las condiciones han sido negociadas» tiene como principal efecto que el contrato suscrito entre las partes es entonces un contrato de adhesión¹⁰⁹, correspondiendo a aquél a probar que, como dice el artículo 82.2-2 TRLGDU, que las cláusulas han sido negociadas. La aplicación analógica del artículo 88.2 a contratos no negociados entre empresarias es rechazada, por diversos motivos, por un sector de la doctrina¹¹⁰, si bien la jurisprudencia más reciente parece que coquetea nuevamente con la analogía *legis*¹¹¹, después de ser contraria a ella¹¹².

La cláusula sólo sería válida, a juicio de Alfaro Águila-Real, cuando, incluida como acuerdo individual, se limita a confirmar la existencia de negociación respecto de una o varias cláusulas concretas¹¹³. Pero, según reza el artículo 2.10), para que sea así, la cláusula debe haber sido determinada conjuntamente por la plataforma y el usuario profesional. Corresponde a la plataforma acreditar, de

¹⁰⁹ ALFARO ÁGUILA-REAL, 1991, p. 137.

¹¹⁰ Claramente en contra, ALBIEZ DOHRMANN, para quien el expediente de la analogía *legis* como instrumento para corregir las imperfecciones de un sistema resultad forzado, 2009., pp. 204-208. En el mismo sentido, MATO PACÍN, 2012, pp. 143-152. A favor, entre otros, CARRASCO PERERA, 2021, pp. 858-862; ALFARO ÁGUILA-REAL, 1991, pp. 181.183 (pero antes de la Ley 7/1998, de 13 de abril).

¹¹¹ Recientemente el Tribunal Supremo parece apuntar la aplicación analógica del artículo 82.1 TRLGDCU. Concretamente en la STS 4 de febrero de 2020 (RJ 218), se afirma que «Y como quiera que el adherente no es consumidor, operan las reglas generales de la carga de la prueba. Por lo que habrá de ser el prestatario que pretende la nulidad de una condición general desde el punto de vista de la buena fe, alegando la introducción de una estipulación sorprendente que desnaturaliza el contrato y frustra sus legítimas expectativas, quien acredite la inexistencia o insuficiencia de la información y quien, ya desde la demanda, indique cuáles son sus circunstancias personales que pueden haber influido en la negociación y en qué medida la cláusula le fue impuesta abusivamente». Y añade: «En este caso, no consta que concurran tales circunstancias y lo ocurrido es que la Audiencia Provincial, como sucedió en el caso enjuiciado en la sentencia 647/2019, de 28 de noviembre (RJ 2019, 4947), reconduce su argumentación a la buena fe contractual para hacer realmente unos controles de transparencia y abusividad improcedentes en un contrato entre profesionales, como demuestra que, al final, el elemento determinante de su argumentación sea el desequilibrio de la posición contractual del adherente. Cuando el desequilibrio entre las posiciones de las partes es justamente la esencia de la abusividad (art. 82.1 TRLCU), que sedicentemente se acaba declarando».

Es una argumentación poco consistente, puesto que no basta con que haya un desequilibrio de la posición contractual del adherente, sino que debe ser la causa del desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes, debiendo ser, además, importante. Cuando esto sucede, la cláusula que lo causa es contraria a la buena fe contractual. ¿Por qué no recurre entonces el Tribunal Supremo a la buena fe del artículo 1258 CC? Por otra parte, el Tribunal Supremo no argumenta por qué se puede aplicar analógicamente el artículo 82.1 TRLGDCU a las cláusulas no negociadas entre empresarios. Si lo hiciera, quizá llegaría al convencimiento de que no es procedente la aplicación analógica. Tampoco motiva el Tribunal Supremo su eventual cambio jurisprudencial cuando en sentencias anteriores era contrario a la aplicación analógica del artículo 82.1 TRLGDCU.

¹¹² Entre muchas otras, SSTS 28 mayo 2014, 30 de abril de 2015 y 3 de junio de 2016 (RJ 3354, 2019 y 2306).

¹¹³ ALFARO ÁGUILA-REAL, con apoyo en la doctrina alemana, 1991, p. 137.

forma contundente, que esta cláusula ha sido efectivamente acordada por ambas partes. El usuario profesional puede aducir de contrario que ha habido error por su parte en la información precontractual recibida o dolo por parte de la plataforma. Siendo el RE-P2B una normativa imperativa, puede oponer también que es nula la renuncia a los derechos que concede esta normativa europea.

VI. LA RELATIVA INOPERANCIA DEL RE-P2B

Es un hecho reconocido por las Autoridades europeas, puesto de manifiesto nuevamente en el mismo RE-P2B, que los empresarios (usuarios profesionales) dependen cada vez más de los servicios de intermediación en línea para ofertar sus productos o servicios a los usuarios finales. El RE-P2B, a pesar de su clara voluntad de proteger a los usuarios, no extiende su ámbito de aplicación a todos los usuarios que recurren a proveedores de servicios de intermediación en línea ni tampoco a todos los usuarios finales. No por ello, la regulación legal no es menos relevante en la construcción del Derecho digital europeo.

Es igualmente un hecho reconocido por las Autoridades europeas la superior capacidad negociadora de los prestadores de servicios de intermediación en línea, quienes, por norma general, actúan unilateralmente, a veces en perjuicio de los usuarios. El RE-P2B es un instrumento cuyo objetivo principal es la protección de los usuarios profesionales pero también protege directa e indirectamente a los consumidores (personas físicas). El comportamiento de las plataformas no siempre acorde con la buena fe y la lealtad que se exige en las relaciones comerciales en línea ha requerido una respuesta a nivel europeo, que se ha articulado en este Reglamento, el cual, sin embargo, no es lo suficientemente contundente en la protección de los usuarios profesionales.

Donde la protección del Reglamento adquiere el mayor cénit es en la transparencia que se requiere en la contratación de servicios de intermediación en línea no sólo antes y en el momento de la concertación de los contratos, sino en todas las etapas de las relaciones comerciales. Sin embargo, la realidad es bien distinta, porque con frecuencia las condiciones generales no están disponibles, y cuando lo están el acceso no siempre es factible. Pero aun cuando fueren conocidas las cgc, los usuarios profesionales no siempre las comprenden o simplemente no les prestan la debida atención a su contenido. Aun en el caso de que los usuarios profesionales quisieran discutir la validez de alguna cláusula por falta de transparencia,

probablemente desistirán porque les interesará por encima de todo mantener las relaciones comerciales con las plataformas.

Aun cuando el comportamiento de algunas plataformas sea a veces contrario a la equidad, a la buena fe o a la lealtad contractual, los usuarios profesionales preferirán mirar por norma general a otro lado con tal de seguir teniendo acceso al mercado digital.

Una de las debilidades del Reglamento es la falta de contundencia en las sanciones por incumplimiento de sus disposiciones. Salvo la nulidad de las cláusulas por falta de transparencia, se deja en manos de los Derechos nacionales las sanciones por el incumplimiento de las demás disposiciones por parte de los proveedores de servicios de intermediación en línea. En España, en virtud del artículo 15.2 RE-P2B, se ha optado por sanciones administrativas, que vienen establecidas por la Ley 6/2020, de 11 de noviembre, en los artículos 37 y ss. LSSICE. Corresponde al Ministerio de Asuntos Económicos y Transferencia Digital el control del cumplimiento de una parte importante de las disposiciones del RE-P2B. Estará por ver el efectivo control por la Administración Central. Una Agencia estatal de fiscalización de cumplimiento de las normas del RE-P2B, que de momento no existe, podría facilitar un control efectivo. No se puede esperar de los usuarios profesionales que sean ellos los que denuncien ante el Ministerio de Asuntos Económicos y Transferencia Digital el incumplimiento de las disposiciones del Reglamento. Existe siempre el justificado temor de los usuarios profesionales a que las plataformas reaccionen suspendiendo, restringiendo o dando por terminado las relaciones comerciales.

Quienes están mejor posicionadas para denunciar el incumplimiento de las disposiciones reglamentarias son las asociaciones de empresarios, cuya legitimación ante el Ministerio de Asuntos Económicos y Transferencia Digital viene reconocida expresamente por el artículo 36 bis. LSSICE. Pero es necesario un tiempo hasta que las asociaciones de empresarios tomen conciencia de sus funciones en el mercado digital. Podemos establecer un cierto paralelismo con las asociaciones de consumidores que hasta que no había pasado un cierto tiempo no asumieron plenamente el papel que les había asignado desde el primer momento el Derecho de los consumidores.

El RE-P2B confía la resolución de conflictos entre plataformas y usuarios profesionales a procedimientos internos de reclamaciones, cuyo efectivo uso dependerá, en gran parte, de las plataformas. Nuevamente, habrá que preguntarse hasta qué punto los usuarios profesionales querrán recurrir a un procedimiento interno para ventilar sus diferencias con las plataformas por el incumplimiento de las disposiciones del Reglamento o por medidas específicas o con-

ductas de las plataformas (en todo caso, si hay problemas tecnológicos en los servicios en línea). El miedo a perder una cuota en el mercado digital puede pesar mucho más que obtener un acuerdo satisfactorio.

La mediación como instrumento alternativo a un procedimiento judicial, previsto expresamente en el RE-P2B, no es ni mucho menos la panacea para la resolución de conflictos, pudiendo resultar ineficaz cuanto más fuerte sea la plataforma. Aun cuando los mediadores han de ser personas versadas en relaciones comerciales «interempresas», ello no asegura ni mucho menos un buen acuerdo. La hegemonía de plataformas en el mercado digital es un importante desincentivo para que los usuarios profesionales no quieran acudir a la mediación.

El último recurso que tienen los usuarios profesionales para defenderse ante las plataformas es la vía judicial. La nulidad por falta de transparencia y el incumplimiento de las demás disposiciones del Reglamento pueden ser denunciados no sólo por los usuarios profesionales sino también por las asociaciones de empresarios y otras organizaciones, cuya legitimación activa viene reconocida en el artículo 14 RE-P2B para el ejercicio de las acciones colectivas. Habrá que ver en el futuro la efectividad de este expreso reconocimiento a las asociaciones de empresarios y otras organizaciones en defensa de los derechos de sus asociados.

Mucho de los conflictos que surjan en el futuro por la falta de transparencia, por la falta de equidad, por la ausencia de la buena fe y de la lealtad en las relaciones comerciales tendrán que ser resueltos no sólo con base en el Reglamento sino también conforme al ordenamiento jurídico de cada país. La uniformidad en el Derecho europeo a que aspira cualquier Reglamento europeo no se ha logrado con el RE-P2B por tratarse de una regulación excesivamente parcial.

Estas reflexiones, que son muy generales, sólo quieren poner de manifiesto que aun siendo el RE-P2B un texto normativo con objetivos claros, es un tanto endeble, en parte, porque no ha sido lo necesariamente contundente, y también por cómo funcionan las plataformas no será fácil, al menos en estos comienzos, que los usuarios profesionales hagan valer sus derechos ante las plataformas.

VII. CONCLUSIONES

Probablemente la definición de las cgc dada en el RE-P2B no se debe tanto a que la contratación mediante plataformas en línea sea comúnmente de adhesión, sino, sobre todo, a que hasta ahora no

existía una norma europea que definiera sus principales elementos. Ni siquiera, como sabemos, la Directiva 93/13/CEE tuvo por bien dar una definición aun cuando en aquel momento algunos ordenamientos nacionales recogían una definición muy acorde con lo que son cláusulas que no son objeto de negociación. Hay sectores económicos en los que la negociación está prácticamente ausente, como sucede en la contratación mediante plataformas, tanto por el lado de los usuarios profesionales (p. ej., un empresario, un comerciante o un profesional) como por el lado de los demás usuarios (p. ej., un consumidor). Una de las singularidades de la redacción del artículo 2.10) RE-P2B es que contiene criterios para determinar, en su caso, que hay negociación entre una plataforma en línea y un usuario profesional. Son meros indicios los fijados en la norma que pueden ser valorados por quienes han de juzgar la transparencia y la equidad del clausulado, siendo de aplicación sólo el RE-P2B cuando son cláusulas no negociadas. Es difícil que se den algunos de los indicios fijados para concluir que el contrato de servicios de intermediación en línea ha sido negociado, debiendo ser valorados los indicios en su conjunto y no aisladamente. El tribunal (un juez, un mediador) que ha de juzgar un contrato de servicios de intermediación en línea tenderá, en aras de asegurar una mayor transparencia y equidad, a una interpretación que favorezca a la parte más débil, que es el usuario profesional. La protección que dispensa el RE-P2B al usuario profesional es limitada al centrarse principalmente en la transparencia del clausulado de los contratos de servicios de intermediación en línea, y en mucho menor medida en la equidad. Una mayor protección puede venir dada por aquellos Derechos nacionales que protegen a los usuarios profesionales, que no es, precisamente, el caso español donde el usuario profesional no encuentra normas –al menos según la jurisprudencia– que le proteja frente a los abusos formales y materiales en la contratación. La protección en esta relación triangular es necesariamente distinta cuando el usuario es un consumidor, teniendo como base común el Derecho europeo.

Con el RE-P2B se ha puesto la primera piedra para la construcción de un Derecho digital europeo en el Mercado Único Digital (MUD)¹¹⁴, de modo que muchas de las normas de este Reglamento, entre ellos el artículo 2.10), formarán parte, a su vez, de la DSA y de la DMA, las cuales han renunciado a definir las cgc.

¹¹⁴ Por todos, CAMPUZANO TOMÉ, 2022, pp. 575-577 y pp. 577-583.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen: *La protección jurídica de los empresarios en la contratación con condiciones generales*, ed. Thomson-Civitas, 2009.
- «Las condiciones generales de la contratación: una lectura de los diferentes modelos de control», en *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional*, ed. SÁNCHEZ LORENZO, Sixto, ed. Civitas Thomson Reuters, tomo I, 2016, pp. 753 ss.
- ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús: *Las condiciones generales de la contratación*, Civitas, 1991.
- ÁLVAREZ MORENO, María Teresa: *La contratación electrónica mediante plataformas en línea: modelo negocial (B2C), régimen jurídico y protección de los contratantes (proveedores y consumidores)*, ed. Reus, 2021.
- ARROYO AMAYUELAS, Esther: «El Derecho de las plataformas en la Unión Europea», *Servicios en plataforma. Estrategias regulatorias*, prólogo de Esteve Pardo, José, ed. Marcial Pons, 2021, pp. 21 ss.
- BALDUZI, Leonardo David: «El contrato de uso de la plataforma digital: la estructura jurídica de los modelos de negocio de economía colaborativa», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Córdoba*, vol. XI, núm. 2, Nueva Serie II, 2020, pp. 207 ss.
- BUSCH, Christoph: «Der Mittelstand in der Plattformökonomie. Mehr Fairness für KMU auf digitale Märkten», *Wiso Diskurs*, núm. 8, 2019, pp. 1 ss.
- «Europäische Modellregeln für Online-Vermittlungsplattformen», *Online-Vermittlungsplattformen in der Rechtspraxis*, eds. Rott, Peter/Tonner, Klaus, ed. Nomos, 2018, pp. 150 ss.
- *Effektiver Verbraucherschutz im Online-Handel: Verantwortung und Haftung von Internetplattformen*, 2019.
- BUSTO LAGO, José Manuel: «Servicios de gestión e intermediación», *Tratado de contratos*, dir. Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, tomo III, 2.ª ed., ed. Tirant lo Blanch, 2013, pp. 3481 ss.
- BUZ, Vedat: Immer noch «allgemeine» Geschäftsbedingungen? Kritische Gedanken zum Vielzahlkriterium nach § 305 Abs. 1 BGB», *AcP*, (219) 2019, pp. 1 ss.
- CÁMARA LAPUENTE, Sergio: «Nuevos perfiles del consentimiento en la contratación digital en la Unión Europea: ¿navegar es contratar (servicios digitales “gratuitos”)?», *Estudios de Derecho contractual europeo, dirs.* Gómez Pomar, Fernando/Fernández Chacón, Ignacio, ed. Aranzadi, 2022, pp. 331 ss.
- CAMPOS CARVALHO, Joana: «Online platforms: concept, role in the conclusion of contracts and current legal framework in Europe», *Cuadernos de Derecho Transnacional* (marzo 2020), Vol. 12, Núm. 1, pp. 863 ss.
- CAMPUZANO TOMÉ, Herminia, «El nuevo escenario que plantea la contratación en línea a través de plataformas intermediarias en el Derecho contractual», *Estudios de Derecho contractual europeo, dirs.* Gómez Pomar, Fernando / Fernández Chacón, Ignacio, ed. Aranzadi, 2022, pp. 551 ss.
- CARRASCO PERERA, Ángel: *Derecho de Contratos*, 3.ª ed., ed. Thomson Reuters, 2021.
- CAVANILLAS MÚGICA, Santiago: «La conclusión del contrato en internet», *Responsabilidad civil y contratos en internet. Su regulación en la Ley de Servicios de la Información y de Comercio Electrónico*, dirs. Clemente Meoro, Mario Enrique/Cavanillas Múgica, Santiago, ed. Comares, 2003, pp. 117 ss.

- CUENA CASAS, Matilde: «La contratación a través de plataformas de intermediación en línea», *Cuadernos de Derecho Transaccional* (octubre 2020), Vol. 12, Núm. 2, pp. 283 ss.
- ESTEVE PARDO, José: «Prólogo», *Servicios en plataforma. Estrategias regulatorias*, dirs. Arroyo Amayuelas, Esther *et alii*, ed. Marcial Pons, 2021, pp. 15 ss.
- FERNÁNDEZ GARCÍA DE LA YEDRA AINHOA: «Cambios normativos en torno a la responsabilidad de las plataformas electrónicas de intermediación», *Plataformas digitales: aspectos jurídicos*, dir. Martínez Nadal, Apolonia, ed. Aranzadi, 2021, pp. 31 ss.
- DE FRANCESCHI, Alberto: «Mitteilung und Grünbuch der Europäischen Kommission zu Online Plattformen: eine kritische Würdigung», *Plattformen. Geschäftsmodell und Verträge*, eds. Blaurock, Uwe *et alii*, ed. Nomos, 2018, pp. 9 ss.
- GIMÉNEZ COSTA, Ana: «Comentario del artículo II.-1:110», *Derecho Europeo de Contratos, Libros II y IV del Marco Común de Referencia*, coords. Vaquer Aloy, Antonio *et alii*, tomo I, ed. Atelier, 2012, pp. 123 ss.
- GONZÁLEZ GONZALO, Alfonso: *La formación del contrato tras la Ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico*, ed. Comares, 2004.
- GRAF VON WESTPHALEN, Friedrich: «Kommentar Artikel 2.10», *Kommentar P2B-VO*, dir. C. Busch, ed. Beck, 2022.
- «Kommentar Artikel 3», *Kommentar P2B-VO*, dir. C. BUSCH, ed. Beck, 2022.
- GRIMALT SERVERA, Pedro: «La formación del contrato celebrado por medios electrónicos», *Negociación y perfección de los contratos*, dir. M.^a Á. Parra Lucán, ed. Aranzadi, 2014, pp.
- ILLESCAS ORTIZ, Rafael: *Derecho de la contratación electrónica*, Thomson Reuters, 3.^a edición, 2019.
- KÖNDGEN, Johannes/Mörsdorf, Oliver: «Die Rechtsquellen des Europäischen Privatrechts», en *Europäische Methodenlehre*, ed. Riesenhuber, Karl, 4.^a ed. revisada, ed. DE GRUYTER, 2021, pp. 131 ss.
- LEHMANN, Matthias: «EU Law-Markin 2.0: The Prospect of a European Business Code», *European Review of Private Law*, I-2020, pp. 73 ss.
- MARTÍNEZ NADAL, Aplonia: «La Propuesta de Reglamento de Mercados Digitales (Digital Markets Act)», *Plataformas digitales: aspectos jurídicos*, dir. A. Martínez Nadal, Apolonia, ed. Aranzadi, 2021, pp. 115 ss.
- MATEO RIVERA, José Manuel/Sancho Ferrer, Ángel: «Comportamiento del usuario en la búsqueda jurídica. La semántica como primer paso para mejorar la calidad de los usuarios», *Lecturas sobre Derecho y Web Semántica*, eds. Vallbé, Joan-Josep *et alii*, ed. Comares, 2012, pp. 161 ss.
- MATO PACÍN, María Natalia: *Cláusulas abusivas y empresario adherente*, prólogo de M.^a J. Santos Morón, ed. BOE Derecho privado, 2017.
- P. MCCOLGAN, Peter: «Die Inhaltskontrolle von Datenschutzerklärung ist keine Inhaltskontrolle. Zum Verhalten von Datenschutzrecht und AGB-Recht», *AcP* (221), 2021, pp. 695 ss.
- NAUMANN, Stefan/Rodenhausen, Anselm: «Die P2B-Verordnung aus Unternehmenssicht: Herausforderungen für europäische Plattformen am Beispiel einer Hybrid-Onle-Plattform», *ZEuP*, 4, 2020, pp. 768 ss.
- ORTI VALLEJO, Antonio: «Las relaciones contractuales en las plataformas de economía colaborativa», *Propuestas de regulación de las plataformas de la economía colaborativa: perspectivas general y sectoriales*, dirs. Orti Vallejo, Antonio/Rubio Gimeno, Gemma, ed. Aranzadi, 2019, pp. 81 ss.

- PAGADOR LÓPEZ, Javier: *Condiciones generales y cláusulas contractuales pre-dispuestas*, prólogo de Font Galán, Juan Ignacio, ed. Marcial Pons, 1999.
- RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALELL, Teresa: «Las plataformas: nuevos actores (y reguladores) de la actividad económica», en *Derecho y política ante la pandemia, Tomo II, Reacciones y transformaciones. Derecho privado*, coords. Gregoraci Fernández, Beatriz/ Velasco Caballero, Francisco, AFDUAM, 2021, pp. 403 ss.
- PODSZUN, Rupperecht: «Empfiehl sich eine stärkere Regulierung von Online-Plattformen und anderen Digitalunternehmen?», 73. Deutscher Juristentag, 2020, pp. 477 ss.
- SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, INMACULADA: *Abusividad y transparencia en la contratación predispuesta con consumidores y, también, con autónomos y empresarios*, ed. Aranzadi, 2021.
- SCHWEITZER, Heike: «Digitale Plattformen als private Gesetzgeber: Ein Perspektivwechsel für die europäische Plattformregulierung», *ZEuP*, 1, 2019, pp. 1 ss.
- D. STAUDENMAYER: «Towards a European Private Law of the Digital Economy», *Researches in European Private Law and Beyond. Contributions in Honour Reiner Schulze's Seventieth Birthday*, eds. A. JANSSEN/H. SCHULTE-NÖLKE, ed. Nomos, 2020, pp. 65 ss.
- VILLANUEVA LUPIÓN, Carmen: «Condiciones generales de la contratación entre proveedores de servicios de intermediación y usuarios profesionales en las plataformas digitales Reglamento UE 2019/1150», *Declaración de voluntad en un entorno virtual*, dirs. Cervilla Garzón María Dolores/Blandino Garrido, Amalia, ed. Aranzadi, 2021, pp. 475 ss.
- YANGUAS GÓMEZ, Roberto: *Servicios de intermediación en red con consumidores. Contratos de conexión a Internet, «hosting» y búsqueda*, prólogo Cámara Lapuente, Sergio, ed. Thomson Reuters, 2012.

